

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

**Del derecho de opción del acreedor en el
incumplimiento contractual**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

José Maximiliano Rivera Restrepo

Director

Luis Anguita Villanueva

Madrid, 2015

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS.	14
RESUMEN.	18
SUMMARY.	18
PALABRAS CLAVE.	18
KEY WORDS.	18
INTRODUCCIÓN.	19
CAPÍTULO PRIMERO. ASPECTOS GENERALES EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	32
1.– PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.	32
2.– DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.	39
2.1.– CONCEPTO.	39
2.2.– NATURALEZA JURÍDICA.	44
2.2.1.– DOCTRINA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA. 	44
2.2.2.– DOCTRINA DE LA FACULTAD.	49
2.2.3.– DOCTRINA DE LA INEFICACIA SOBREVENIDA.	54

2.2.4.– DOCTRINA DEL DERECHO DE MODIFICACIÓN O DE FORMACIÓN JURÍDICA.....	56
2.2.5.– DOCTRINA DE LA GARANTÍA.	59
2.3.– FUNDAMENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR. ..	66
2.3.1.– TEORÍA DE LA CAUSA.	67
2.3.2.– TEORÍA DE LA VOLUNTAD PRESUNTA DE LAS PARTES O DE LA DISPOSICIÓN.	77
2.3.3.– TEORÍA DE LA EQUIDAD NATURAL.....	81
2.3.4.– TEORÍA DE LA SANCIÓN.....	88
2.3.5.– TEORÍA DE LA REPARACIÓN.	93
2.3.6.– TEORÍA DEL PODER DISPOSITIVO NOVATORIO.....	96
2.3.7.– TEORÍA DE LA INEFICACIA SOBREVENIDA DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	98
2.3.8.– TEORÍA DEL SINALAGMA FUNCIONAL.	100
2.3.9.– CONCLUSIÓN.....	106

CAPÍTULO SEGUNDO. LA NOCIÓN DE REMEDIOS EN EL DERECHO COMPARADO. 109

1.– CONSIDERACIONES PREVIAS.	109
2.– DERECHO ALEMÁN.	110
2.1.– ASPECTOS GENERALES.	110
2.2.– ALGUNOS CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN, CONFORME A SU NUEVA REGULACIÓN EN EL <i>BGB</i>	115
3.– DERECHO FRANCÉS.	125

3.1.– CUESTIONES PRELIMINARES.	125
3.2.– FUNDAMENTO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA TÁCITA EN EL DERECHO FRANCÉS.	130
3.3.– PRESUPUESTOS Y EFECTOS DEL DERECHO DE OPCIÓN EN FRANCIA.	133
3.4.– UNA MENCIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, COMO POSIBLE LÍMITE A LA RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO.	139
3.5.– DE UNA PRETENDIDA Y QUIZÁS, IMPROBABLE REFORMA AL DERECHO OBLIGACIONAL FRANCÉS, PARTICULARMENTE EN LO QUE SE REFIERE AL DERECHO DE OPCIÓN.	148
3.5.1.– LA EJECUCIÓN FORZADA DE LA DEUDA EN LOS DIVERSOS PROYECTOS.	150
3.5.2.– LA REDUCCIÓN DEL PRECIO.	151
3.5.3.– LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.	152
3.5.4.– LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	153
4.– DERECHO ITALIANO.	155
4.1.– PANORAMA EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN, DESDE EL <i>CODICE CIVILE</i> DE 1865 HASTA EL <i>CODICE CIVILE</i> DE 1942.	155
4.2.– ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN EN ITALIA.	159
4.3.– CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN EN ITALIA.	161
4.4.– JUICIO CRÍTICO AL SISTEMA ITALIANO, A PROPÓSITO DEL	

DERECHO DE OPCIÓN.	187
5.– EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.	188
5.1.– CUESTIONES PRELIMINARES.	188
5.2.– CLASES DE REMEDIOS EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.	190
5.3.– FUNDAMENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.	193
5.4.– CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.	199
5.6.– ALGUNAS CONCLUSIONES.	208

CAPÍTULO TERCERO. ASPECTOS GENERALES EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. .. 209

1.– ÁMBITO DE APLICACIÓN: BILATERALIDAD Y UNILATERALIDAD. .	209
2.– REQUISITOS DEL DERECHO DE OPCIÓN.	218
2.1.– DEBE EXISTIR UN CONTRATANTE NEGLIGENTE.	220
2.1.1.– QUE EXISTA INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LA OBLIGACIÓN.	220
2.1.1.1.– LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO.	220
2.1.1.2.– ¿LOS DEFECTOS DE LA COSA ENTREGADA CONSTITUYEN UN INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LA OBLIGACIÓN?.	238
2.1.1.3.– TENDENCIAS ACTUALES EN TORNO AL CONCEPTO DE GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO. ...	241
2.1.2.– EL INCUMPLIMIENTO DEBE SER IMPUTABLE A ESTE	

CONTRATANTE.	253
2.1.2.1.– DE LA CULPA CONTRACTUAL.	270
2.1.2.1.1.– PRIMERA CONSIDERACIÓN.	270
2.1.2.1.2.– DOS NOTAS SOBRE LA CULPA CONTRACTUAL.	276
2.1.2.1.3.– DE LA PRUEBA DE LA CULPA.	278
2.1.2.2.– DEL DOLO.	279
2.1.2.2.1.– CONCEPTO DE DOLO.	280
2.1.2.2.2.– CLASES DE DOLO.	289
2.1.2.2.3.– PRUEBA DEL DOLO.	293
2.1.2.2.4. EFECTOS DEL DOLO EN MATERIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	295
2.1.3.– EL DEUDOR QUE INCUMPLE SU OBLIGACIÓN DEBE ESTAR CONSTITUIDO EN MORA.	298
2.2.– DEBE EXISTIR UN CONTRATANTE DILIGENTE.	308
3.– UNA PREGUNTA FUNDAMENTAL: ¿ES POSIBLE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL?.	316
4.– TRES CUESTIONES EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN.	332
4.1.– PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE CUMPLIMIENTO FORZADO Y RESOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN.	332
4.2.– DEL DERECHO A SOLICITAR UNA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.	336
4.3.– DEL <i>IUS VARIANDI</i> DEL CONTRATANTE CUMPLIDOR.	344

5.- EFECTOS DEL DERECHO DE OPCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.	347
5.1.- DEL EFECTO RETROACTIVO DEL DERECHO DE OPCIÓN.	351
5.2.- DE LAS RESTITUCIONES MUTUAS.	356
6.- CONCLUSIONES.	360

CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS DE ALGUNOS DE LOS TEXTOS DE REFORMA, ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES A NIVEL GLOBAL Y EUROPEO A PROPÓSITO DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.	362
--	------------

1.- REGLAMENTO N° 593/2008 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.	362
---	------------

2.- EL CONVENIO DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.	373
---	------------

2.1.- BREVE HISTORIA ACERCA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. ...	373
---	------------

2.2.- ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN EN LA CONVENCION DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.	381
---	------------

2.2.1.- PLANTEAMIENTO.	381
------------------------------------	------------

2.2.2.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE VENTA.	388
---	------------

2.2.3.– OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE CONSERVAR LAS MERCADERÍAS.....	391
2.2.4.– OBLIGACIÓN DEL COMPRADOR DE CONSERVAR LAS MERCADERÍAS.....	393
2.2.5.– NORMAS COMUNES APLICABLES A LOS CONTRATANTES.....	395
2.2.6.– INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.....	397
2.2.6.1.– REMEDIOS DE QUE DISPONE EL COMPRADOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y, PRIMERAMENTE, DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.....	397
2.2.6.1.1.– RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO ESENCIAL.....	398
2.2.6.1.2.– RESOLUCIÓN POR VENCIMIENTO DEL PLAZO DE GRACIA.....	399
2.2.6.1.3.– RESOLUCIÓN ANTICIPADA.....	400
2.2.6.1.4.– LA SUSTITUCIÓN DE LAS MERCADERÍAS DISCONFORMES.....	401
2.2.6.1.5.– LA REPARACIÓN DE LAS MERCADERÍAS.....	403
2.2.6.1.6.– LA REBAJA DEL PRECIO.....	403
2.2.6.1.7.– LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.....	406

2.2.6.2.– REMEDIOS DE QUE DISPONE EL VENDEDOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....	407
2.2.6.2.1.– DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS A PROPÓSITO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	410
2.2.6.2.2.– LA LLAMADA <i>MITIGATION</i> (REDUCCIÓN DE DAÑOS).....	411
2.2.6.2.3.– EL <i>QUANTUM</i> DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.	415
2.2.6.2.4.– LA EXONERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS.....	416
2.2.6.2.5.– EL DEVENGO DE INTERESES.	418
2.2.7.– NOTAS FINALES.....	419
3.– PRINCIPIOS COMUNES ELABORADOS POR LA DOCTRINA, SOBRE LA BASE DE INVESTIGACIONES INTERNACIONALES.	421
3.1.– PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE UNIDROIT.....	421
3.1.1.– ALGUNAS NOTAS PREVIAS.	421
3.1.2.– UN POCO DE HISTORIA.	423
3.1.3.– ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS PREVISTOS POR LOS PRINCIPIOS <i>UNIDROIT</i> ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	431
3.1.3.1.– GENERALIDADES.....	431
3.1.3.2.– INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	432

3.1.3.3.– DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	438
3.1.3.4.– LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO.	446
3.1.3.5.– DE LA REPARACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEFECTUOSA.	448
3.1.3.6.– EL DERECHO AL CAMBIO DE REMEDIO.	448
3.1.3.7.– NOTAS CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LOS PRINCIPIOS <i>UNIDROIT</i> Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN.	449
3.2.– PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (PRINCIPIOS LANDO).	452
3.2.1.– ALGUNAS NOTAS PRELIMINARES EN TORNO A LOS <i>PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW</i>	452
3.2.2.– DE LAS FINALIDADES DE LOS <i>PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW</i>	458
3.2.3.– REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO DE OPCIÓN EN LOS <i>PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW</i>	464
3.2.3.1.– DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO.	467
3.2.3.2.– EXCEPCIONES AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO.	471
3.2.3.3.– SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO (<i>EXCEPTIO NON ADIMPLETU CONTRACTUS</i> O EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO).	473
3.2.3.4.– RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.	475

3.2.3.5.– DAÑOS Y PERJUICIOS.....	484
3.2.3.6.– REDUCCIÓN DEL PRECIO.	491
3.2.4.– ALGUNAS CONCLUSIONES.....	492
3.3.– EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (<i>THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE</i>).	499
3.3.1.– ANTECEDENTES.	499
3.3.2.– REGULACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR, EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (<i>THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE</i>).	510
3.3.2.1– LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO.	513
3.3.2.2.– EL CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA OBLIGACIÓN.	515
3.3.2.3.– LA PARALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	516
3.3.2.4.– LA REDUCCIÓN DEL PRECIO.....	517
3.3.2.5.– LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.	518
3.3.3.– CONCLUSIONES.....	520
3.4.– EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS.....	521
3.4.1.– ANTECEDENTES.	521
3.4.2.– REGULACIÓN EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN EN EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS.	531
3.4.3.– A MODO DE CONCLUSIONES.....	545

3.5.– LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN CIVIL.....	548
3.5.1.– ANTECEDENTES.	548
3.5.2.– REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO DE OPCIÓN EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN CIVIL. ..	550
3.5.3.– PERSPECTIVAS DE FUTURO.	559
CONCLUSIONES FINALES.....	568
ÍNDICE DE SENTENCIAS.	572
JURISPRUDENCIA.	572
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	582
JURISPRUDENCIA MENOR.	583
JURISPRUDENCIA FRANCESA.....	584
JURISPRUDENCIA ITALIANA.....	585
JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA ITALIANA.	585
JURISPRUDENCIA MENOR ITALIANA.	586
JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA MENOR ITALIANA.	586
BIBLIOGRAFÍA.....	587

Agradecimientos

Agradezco encarecidamente las
correcciones formuladas y consejos
dados por mi tutor,
Prof. Dr. D. Luis Anguita Villanueva,
Universidad Complutense de Madrid.

A mis padres.

ABREVIATURAS.

§–Pagfo.	Parágrafo.
ABGB.	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> [Código civil austríaco].
A. P.	Audiencia Provincial.
AK.	<i>Αστικός Κώδικας</i> [Código civil griego].
ApNDL.	Apéndice 1975–1985 al Nuevo Diccionario de Legislación Aranzadi.
Art.–Arts.	Artículo–artículos.
BVerfG.	Tribunal Constitucional Federal Alemán
B.G.B.–BGB.	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> [Código civil alemán].
BOE.	Boletín Oficial del Estado.
BW.	<i>Burgerlijk Wetboek</i> [Código civil holandés].
Cap.	Capítulo.
C.C.–CC.–Cc.	Código civil español.
CCI.	Cámara de Comercio Internacional.
C.G.A.R.	<i>Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione</i> [Italia].
CE.	Constitución Política española.
Cfr.	Confrontar.
Code.	<i>Código Civile français</i> [Código civil francés].
<i>Codice civile</i>	<i>Codice civile</i> [Código civil italiano].
Comp.	Compilador.
Coord.	Coordinador.
CoPECL.	<i>Joint Network on European Law</i> .
CV.–CISG.	Convención de las Naciones

Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (Convención de Viena de 1980).

CNUDMI.–*UNCITRAL*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

CR.–ROMA I. Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, 80/934/CEE, de 19 de junio.

Dig. Digesto.

Ed. Editorial.

Edit. Editor.

Fasc. Fascículo.

FS. *Feasibility Study on a future initiative on European contrac law* [2011].

HGB. *Handelsgesetzbuch* [Código mercantil alemán].

L. G. D. J. *Librairie Généale de Droit et de Jurisprudence*, E. J. A. [Francia].

LH. Ley Hipotecaria, Texto refundido según decreto de 8 de febrero de 1946, modificada por las Leyes 7/1998, 1/2000, 24/2001, 53/2002, 7/2003, 22/2003, 62/2003 y por la Ley Orgánica 15/2003.

LUF. Ley uniforme sobre la formación de los Contratos de venta internacional de objetos muebles corporales de 1964.

LUVI. Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales de 1964.

MCR.–*DCFR*.–*CFR*. *Draft Common Frame of Reference* de 2009 [Marco Común de Referencia de 2009].

Nº–Nºs Número–números.

OEA. Organización de Estados Americanos.

P. Las Partidas de Alfonso X El Sabio.

pág.–págs. Página–páginas.

Part. Parte.

PECL. *Principles of European Contract Law* [Principios de Derecho Contractual Europeo].
 PMCC.–PC. Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil.
 Prof.–profs. Profesor–Profesores.
 Ptas. Pesetas.
 RCL. Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi.
 R.D.P Revista de Derecho Privado.
 Rec. Recurso.
 Regl.–Roma I. Reglamento N° 593/2008 del Parlamento Europeo y Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
 REJIE. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa.
 s/f. Sin fecha.
 SAN..... Sentencia Audiencia Nacional.
 SJM. Sentencia Juzgado de lo Mercantil.
 S.T.S. Sentencia del Tribunal Supremo.
 S.T.S.J. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
 S.A. Sociedad Anónima.
 S.A.P. Sentencia de Audiencia Provincial.
 S.L. Sociedad Limitada.
 Secc. Sección.
 s. Siglo.
 ss. Siguietes.
 T.–Ts. Tomo–Tomos.
 T. C. Tribunal Constitucional.

TCE. Tratado de la Unión Europea.

TJCE. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

T.S. Tribunal Supremo.

UCC. *Uniform Commercial Code* de 2002 [USA].

UE. Unión Europea.

UNIDROIT. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Vid. Véase.

v. gr. Por ejemplo.

Vol.–vols. Volumen–volúmenes.

ZGB. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse* [Código civil suizo].

RESUMEN.

La presente tesis doctoral tiene por finalidad analizar el llamado derecho de opción del acreedor, que surge cuando el deudor incumple dolosa o culposamente su deber. El análisis del mismo no se limita al Derecho español, sino que se extiende a ciertos ordenamientos jurídicos y diversos textos de Derecho uniforme. Ríos de tinta se han vertido en esta materia, aunque su caudal casi siempre desemboca en mismo océano: la visión clásica y escolástica sobre el derecho de opción del acreedor. Lo anterior ha significado que esta materia no ha sufrido reformas desde la entrada en vigencia del Código Civil. Pues bien, el estudio tiene por finalidad analizar diversos sistemas jurídicos y textos de Derecho uniforme, para orientar una posible modificación al derecho de opción del acreedor.

SUMMARY.

This thesis aims to analyze the call option right of the creditor, which arises when the debtor fails intentionally or negligently duty. The same analysis is not limited to Spanish law, but extends to certain legal systems and various texts of uniform law. Rivers of ink have been spilled in this area, although its volume almost always leads to the same ocean: classical and scholastic view option on the right of the creditor. This has meant that this area has not undergone reforms since the enactment of the Civil Code. However, the study aims to analyze various legal systems and texts of uniform law to guide a possible modification to the right of the creditor's option.

PALABRAS CLAVE.

Derecho de opción – resolución – obligación – derechos del acreedor – incumplimiento contractual – derecho de remedios

KEY WORDS.

Right option– resolution – obligation – creditor's claim – breach of contract – law remedies

INTRODUCCIÓN.

En la tesis doctoral que pretendo proponer, me planteo elucidar algunos aspectos relevantes en torno al “derecho de opción del acreedor frente al incumplimiento contractual”. Tradicionalmente, se ha planteado que este derecho corresponde a una facultad del acreedor, que se traduce en un derecho opcional. En caso que uno de los contratantes no cumpla con alguna de sus obligaciones, la parte diligente tiene una opción o facultad para elegir entre el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución de la misma, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. Esta institución, heroica adquisición de la labor de los glosadores medievales, que en virtud de principios morales, como la buena fe y la equidad natural, gestaron la teoría de la interdependencia propia de los contratos bilaterales, que permitió fundar la noción de “condición resolutoria tácita”. El estudio del derecho de opción no se limitará al sistema jurídico español, también se analizarán someramente algunos sistemas jurídicos comparados, en lo que atinge al derecho de opción. Se examinarán, asimismo, varios textos de Derecho uniforme (algunos legales y otros con mero alcance doctrinal), para determinar cual de ellos podría orientar una posible reforma al Código civil español en esta materia.

Debo advertir que esta disciplina está siendo objeto de revisión en Europa, *v. gr.*, en España, con la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, presentado por la Comisión General de Codificación, Secc. Civil, de enero de 2009. Ella corresponde más bien a una propuesta o estudio doctrinal y no a un proyecto de ley propiamente tal. Lo relevante de esta Propuesta, es que ha tratado, como se verá más adelante, de incorporar nociones propias del Derecho anglosajón, intentando armonizarlo con las normas vigentes en esta materia.¹ En

¹ Cfr.: DÍAZ ALABART, “La recodificación en España: un futuro incierto”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Op. Cit., págs. 158–159. En este sentido, DÍAZ ALABART agrega lo siguiente: “En 1997 se aprobaron nuevos estatutos para la Comisión General de Codificación (R. D. 160/1997). Sorprendentemente en su Preámbulo se dice que, «Nos encontramos en plena era de la

Alemania, la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones (“*Gesetz sur Modernisierung des Schuldrechts*”), aprobada el 26 de noviembre de 2001 y que entró en vigor el 1º de enero de 2002, también afectó al estatuto del derecho de opción del acreedor.² En Francia, y sólo a modo de sinopsis, se han elaborado tres proyectos de reforma del *Code*, que son: (i) el llamado “Proyecto Catala”, fruto del trabajo de un grupo de profesores de Derecho civil, presididos por Pierre Catala; (ii) el “Proyecto de la Chancellerie” y (iii) el “Proyecto Terré”, elaborado por una comisión a cargo de François Terré, sobre la base de la elaboración de diversos comentarios y cuestiones que plantea el Proyecto de la Chancellerie. El primer proyecto constituye una “reacción”, mientras que el Proyecto de la Chancellerie indica una cierta apertura del ejecutivo, ahondada por el Proyecto Terré.³

Como se puede ver, existen variados intentos por modernizar el Derecho civil, particularmente en lo que atinge al derecho de opción del acreedor, todo con el fin de ajustarlo a los modernos postulados que plantean la doctrina comparada y exigen las

postcodificación, o mejor, de la descodificación, la dinamicidad de nuestra sociedad impulsa la proliferación de disposiciones normativas, que son rápidamente modificadas o sustituidas, y ello hace inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley, de cristalizar un sector jurídico». Llegando incluso a hablar del «necesario tránsito de la codificación tradicional a la actual época de las leyes especiales». Obviamente no se puede compartir una visión tan derrotista de lo que puede ser la evolución del Derecho. El mantenimiento del principio básico de la seguridad jurídica, y, ¿por qué no recordarlo?, el magnífico resultado práctico que han dado los Códigos civiles, que es lo ha impulsado en muchos países a llevar a cabo, o al menos a propiciar una recodificación. Evidentemente esta idea compartida por muchos juristas es la que ha llevado a los componentes de la sección de lo civil de la Comisión General de Codificación a redactar una propuesta de reelaboración del Cc en lo atinente a la parte general de las obligaciones y contratos”. DÍAZ ALABART, “La recodificación en España: un futuro incierto”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Op. Cit., pág. 160.

² Esta Reforma tiene tres grandes objetivos: “[...] 1. Implementar las propuestas de reforma de partes centrales del derecho de obligaciones del *BGB* formuladas durante los años ochenta. 2. Incorporar al ordenamiento jurídico alemán las últimas directivas europeas. 3. Llevar al *BGB* las leyes especiales sobre protección de consumidores y usuarios [...]”. LAMARCA i MARQUÈS, A.: “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del *BGB*”, Indret: *Revista para El Análisis del Derecho*, Nº 2, 2001, Barcelona, 2001, pág. 3.

³ Cfr.: PIZARRO WILSON, C.: “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, nº 36, agosto 2011, Santiago de Chile, 2011, en <www.scielo.cl>.

necesidades del comercio internacional y la economía globalizada.⁴ En este sentido, los Principios de Derecho Contractual Europeo señalan que: “La armonización europea⁵ en el plano de las obligaciones y contratos no es un tema nuevo,⁶ aunque ciertamente en los últimos años el debate ha ganado en intensidad. En efecto, esta posibilidad, que hace no demasiado tiempo parecía una quimera, comienza a tomar cuerpo”.⁷ Lo anterior es el resultado de una construcción, que responde, como dije, a las necesidades del comercio internacional y supone una modernización y uniformidad⁸ en las normas que regulan el

⁴ En este sentido, GARCÍA GARNICA expresa lo siguiente: “Se ha afirmado que existe un paralelismo entre la idea de unidad de mercado y unidad del Derecho de obligaciones y contratos. Una buena prueba de ello, sin salir de nuestras fronteras, la constituiría el reparto constitucional de competencias entre el Estado español y las Comunidades Autónomas consagrado en el artículo 149.1 CE (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875), que reserva al primero la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil y la legislación civil, y en particular, sobre las «bases de las obligaciones contractuales»; salvada la facultad de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil histórico de desarrollar dicha normativa, la cual se centra básicamente en el Derecho de familia y sucesiones”. GARCÍA GARNICA, M^a. del C.: “Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo”, BIB 2002/1024, Aranzadi Civil–Mercantil n° 7/2002, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2002, pág. 1. Cfr.: ÁLVAREZ CARVALLO, J. M^a.: “La unificación del derecho de obligaciones”, *Estudios de homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. primero, Coordinación a cargo del área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, José María Bosch Editor, S. A., Zaragoza, 1992, págs. 65 y ss.

⁵ Respecto del proceso de armonización y unificación del Derecho europeo, *vid.*: BATALLER GRAU, J.: “Capítulo II. ¿Hacia una unificación de la normativa del contrato de seguro en Europa? Tópicos para un debate”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 58–59; CLOSE, G.: “Use or Abuse the Powers under the EEC Treaty?”, *European Law Review*, vol. 3, diciembre 1978, Sweet & Maxwell, London, 1978, págs. 461–481; DORIS, M.: “Harmonisation by numbers”, *European Law Review*, vol. 32, n° 6, diciembre 2007, Sweet & Maxwell, London, 2007, págs. 878–887; JAN SLOT, P.: “Harmonisation”, *European Law Review*, vol. 21, n° 5, octubre 1996, Sweet & Maxwell, London, 1996, págs. 378–397; VIGNES, D.: “The Harmonisation of National Legislation and the EEC”, *European Law Review*, vol. 15, n° 5, octubre 1990, Sweet & Maxwell, London, 1990, págs. 358–374.

⁶ Cfr.: MEDINA ORTEGA, M.: “El Derecho patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2010, págs. 83 y ss.

⁷ PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 8. Cfr.: DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2005, pág. 150.

⁸ Aun cuando, este camino no ha estado exento de inconveniente. Cfr.: DÍAZ–AMBRONA BARDAJÍ, M^a. D. (Direct.); HERNÁNDEZ DÍAZ–AMBRONA, M^a. D.; POUS DE LA FLOR, M^a. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L.: *Derecho civil comunitario*, Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2001, pág. 134.

Derecho de las obligaciones,⁹ cuyo resultado final podría ser la dictación de un Código civil europeo.¹⁰ Frente al sueño europeo de unificación del Derecho civil, los juristas se sienten, o deberían sentirse interpelados por hechos que les exigen una toma de posiciones. Quizás, ante la sensación de carecer de un mecanismo de conexión entre el contenido de los textos propuestos y la realidad, existe “algo” que emana del propio Derecho civil y que le ayuda a pensar en una solución eficiente. Me refiero a los “principios” que lo conforman y fundamentan. Éstos suponen la incoación de una sensación, plasmada en un ideal de justicia, que debería orientar toda reforma en esta materia. La tesis no pretende llegar a una solución única y verdadera, es decir, no intenta arribar a un puerto de llegada sino que de zarpe, considerando los asuntos que, en materia contractual, faltan por resolver. La historia –decía CICERÓN– es el testigo de los tiempos. Nada enseña tanto en materia social como la experiencia de los siglos. Cuantas veces se trastorna el orden natural de las cosas, cuantas veces se insiste en desconocer las exigencias de la equidad natural, subordinándola a los torpes afanes e intereses materiales, el derrumbe no tarda en producirse.

De conformidad con la noción tradicional de contrato, que se estructura sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad,¹¹ los contratantes están obligados a

⁹ Cfr.: MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Prólogo por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2006, pág. 25.

¹⁰ En este sentido, CERRATO GURI y PICÓ I JUNOY señalan que: “La armonización del derecho privado a nivel europeo tiene como objetivo final la «elaboración y promulgación de un Código civil europeo»”. CERRATO GURI, E. y PICÓ I JUNOY, J.: “Capítulo 15. “La inversión de la carga de la prueba de la culpa en los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 377.

¹¹ Al respecto, el francés MÉLIN señala que: “*Il est habituel d'affirmer que le droit des contrats est gouverné par le principe de l'autonomie de la volonté, qui repose sur l'idée selon laquelle la liberté des sujets est primordiale et qui trouve ses racines dans des courants aussi divers que la doctrine chrétienne, la théorie du droit naturel, la philosophie des Lumières ou la physiocratie. Ce principe expliquerait que la volonté puisse être créatrice d'obligations. En réalité, cette affirmation doit être nuancée car le principe de l'autonomie de la volonté n'a été théorisé qu'à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, soit environ un siècle après la rédaction du Code civil*”. MÉLIN, F.: *Droit des obligations*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., Paris, 2006, pág. 69.

realizar precisamente lo pactado en el contrato. Por ello, al acreedor se le otorga un derecho de opción para exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y perjuicios en ambos casos.¹² Se distingue así, un cumplimiento por naturaleza (el deudor ejecuta precisamente la conducta prevista en la relación jurídica, sea dando la cosa a que se obligó, ejecutando la conducta debida o absteniéndose de realizar el hecho previsto),¹³ o por equivalencia (el deudor entrega una suma de dinero o alguna especie avaluable en dinero, en remplazo del objeto de la prestación que debía dar, hacer o no hacer).¹⁴ Con todo, en el último tiempo la doctrina

¹² En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “La resolución del contrato por incumplimiento es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes”. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 9.

¹³ En este sentido, para CARDENAL FERNÁNDEZ, se entiende por cumplimiento, “La realización o ejecución de la prestación debida en virtud de una relación obligacional y verificada por el deudor [...]”. Pero la ejecución de la prestación que sea cumplimiento de la obligación no sólo comprende la actuación del deudor encaminada a cumplir, sino también la obtención del resultado”. CARDENAL FERNÁNDEZ, J.: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1979, pág. 33.

¹⁴ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “[...] Cuando uno de los obligados no cumple, y el otro ha cumplido o está dispuesto a cumplir, éste puede exigir: bien que se imponga a aquél el cumplimiento forzado, bien la resolución de la obligación, de forma que cada uno quede desligado de la suya; además, que, en cualquiera de ambos casos, se le indemnicen los daños y perjuicios que haya sufrido (C.c., art. 1.124, 1º y 2º, primera mitad). Basta incumplimiento; no es preciso que se esté constituido en mora [...]”. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimotercera Edición, Edisofer, S. L., Libros Jurídicos, Madrid, 2008, págs. 105–106. Vid. también: ABELLA RUBIO, J. M.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, O’Callaghan Muñoz, X. (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 361–381; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., págs. 198 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, Decimoséptima Edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Amigo, Reus, S. A., Madrid, 2008, págs. 229 y ss.; CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 27 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Edición, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2011, págs. 181–224; DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de José Manuel González Porras, McGraw–Hill, Madrid, 1996, págs. 1 y ss.; DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Los incumplimientos resolutorios*, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 37 y ss.; DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª Edición, 2ª Reimpresión, Ed. Tecnos S. A., Madrid, 1992, págs. 203 y ss.; GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T. II, Obligaciones y contratos, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2005, págs. 133–161.; JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones”, *Instituciones de Derecho privado*, T. III, Obligaciones y contratos, vol. 1º, Vicente Simó Santonja (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, págs. 115–

viene hablando del llamado “derecho de remedios”, sobre la base de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y del Proceso de Unificación Europea; a partir de los Principios Lando y los Principios *UNIDROIT*.¹⁵ Por ello, en este trabajo se pretende analizar el nuevo derecho de remedios, estableciendo no sólo una pulcra contemplación del mismo, sino que además, un exhaustivo análisis crítico de las consecuencias que genera.¹⁶

En cuanto a la estructura de la tesis, podemos indicar que ella contiene cuatro partes o capítulos. En el Capítulo Primero, presentaré la hipótesis de trabajo. Analizaré,

195; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, Quinta Edición, revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 161 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.; MONTÉS PENADÉS, V. L. y ROCA I TRIAS, E.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, M^a Rosario Valpuesta Fernández y Rafael Verdera Server (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 129 y ss.; NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A.: *Derecho de obligaciones y contratos*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2011, págs. 145 y ss.; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2012, págs. 167 y ss.

¹⁵ Según MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, el actual sistema de contratos internacionales, se estructura sobre la base de tres grandes pilares: (a) el REGLAMENTO 593/2008 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (ROMA I); (b) el CONVENIO DE VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS y (c) los textos académicos que contienen principios comunes de Derecho contractual. Dentro de estos últimos destacan: (i) PRINCIPIOS SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES *UNIDROIT*; (ii) PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (LANDO) y (iii) EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (*DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*). Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, O’Callaghan Muñoz, X. (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 674–675. Vid. también: TERCIER, P.: *Le droit des obligations*, 3^a édition, Schulthess Médias Juridiques, S. A., Zurich, 2004, págs. 29 y ss.

¹⁶ Ahora bien, en honor a la verdad, se debe indicar que en el Proceso de Unificación Jurídica Europea, han surgido ciertos inconvenientes, que son resumidos por GARCÍA GARNICA, quien expresa lo siguiente: “Sentada la premisa y el sentir común de que la mejora de la integración jurídica en el marco de la UE es «*condictio sine qua non*» para que la libertad de circulación en el «mercado interno» sea efectiva, las discrepancias y problemas se ciernen en torno a cuestiones relativas al método, eficacia, contenido y criterios de política legislativa, conforme a los cuales se debe acometer esta tarea. Las principales interrogantes se concretan en tres aspectos: a.) en primer lugar, el relativo a qué materias y con qué eficacia vinculante deben ser unificadas; b.) el segundo, el relativo al ámbito espacial que debe tener dicha unificación; c.) y el tercero se ceñiría en determinar la forma más idónea de superar la principal barrera jurídica existente a nivel europeo, esto es, la existente entre los sistemas jurídicos de «*civil law*» y aquellos otros de «*common law*»”. GARCÍA GARNICA, “Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo”, Op. Cit., pág. 1.

con cierto nivel de detalle, el concepto de derecho de opción del acreedor y su naturaleza jurídica. En este punto, debo decir que intentaré plantear una nueva tesis sobre su naturaleza jurídica, sobre la base de la práctica y de la acción. Luego, se analizarán las diversas teorías sobre el fundamento del derecho de opción del acreedor. Son varias las tesis que en esta materia se han elaborado, por ello se pretende analizar las teorías más relevantes e innovadoras. Por otra parte, creo necesario realizar una aclaración previa: el “fundamento” del derecho de opción constituye un tema distinto al de su “naturaleza jurídica”, pues, mientras ésta pretende explicar, en esencia qué es el derecho de opción, aquél intenta esbozar el principio, fuente u origen del derecho de opción del acreedor. De lo anterior, es que trato, separadamente, el tema de la naturaleza jurídica del derecho de opción, para luego, a continuación, analizar el fundamento del mismo. En ambos casos espero formular una conclusión parcial en torno a lo planteado, que exprese mi parecer en torno al tema y que ilustre con mayor claridad mi opinión.

En el Capítulo Segundo, haré alusión –con cierto nivel de detalle– a las diferentes concepciones sobre la noción de remedios en diversos ordenamientos jurídicos, principalmente el alemán, el francés, el italiano y el sistema del Derecho anglosajón. A propósito del Derecho alemán, trataré de comparar la regulación que el *Bürgerliches Gesetzbuch* (en adelante *BGB*) contemplaba y contempla antes y después de la Reforma de 2001 en materia de obligaciones, particularmente en lo que se refiere al derecho de opción. A continuación, es de particular importancia analizar el derecho de opción en el Derecho obligacional francés, toda vez que, como se sabe, el artículo 1124 del Código civil tiene por fuente directa e inmediata a la norma correspondiente en el artículo 1184 del Código civil francés. Se revisará el fundamento del derecho de opción del acreedor en Francia, sus presupuestos y los efectos del mismo, a la luz de la doctrina y jurisprudencia gala más reciente. Asimismo, es de particular interés realizar algunas notas marginales en torno a la ruptura unilateral del contrato, a la luz del principio de la autonomía de la voluntad y revisar como la jurisprudencia y los autores franceses se han abierto a la posibilidad de admitir en su Derecho la resolución

unilateral del contrato por falta de cumplimiento de la contraria, incorporándola jurisprudencialmente. Por último, me referiré a la posibilidad de reformar el Derecho de las obligaciones en Francia, especialmente en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor, comparando, en lo posible, los diversos textos doctrinarios de reforma antes mencionados: el “Proyecto Catala”, el “Proyecto de la Chancellerie” y el “Proyecto Terré. Es interesante adelantar, que ellos presentan modernas soluciones, que responden a las necesidades actuales del comercio, algunas de ellas inspiradas, quizás, en el Derecho anglosajón, y en el acercamiento a éste que han iniciado hace algún tiempo, algunos autores franceses, pese a la férrea oposición de la mayoría de ellos. Me referiré, en particular, a la ejecución forzada de la deuda en los diversos proyectos; a la reducción del precio; a la indemnización de daños y perjuicios y a la resolución por incumplimiento contractual. Posteriormente, analizaré el panorama en torno al derecho de opción en el Derecho italiano, tanto en el *Codice civile* de 1865, como en el actual *Codice civile* de 1942. Haré alusión al ámbito de aplicación del derecho de opción y sus principales caracteres, realizando un juicio crítico al sistema italiano de la resolución por incumplimiento contractual. Por último, analizaré algunos temas del Derecho anglosajón, en lo que se refiere al derecho de opción. Particularmente se muestran los remedios que el Derecho anglosajón, mediante su función creadora, prevé para el caso de incumplimiento contractual. Es interesante estudiar las nociones propias del Derecho anglosajón, pues ellas, como adelanté, han servido de modelo para diversos textos doctrinarios que se han elaborado en esta materia. Haciendo un repaso del fundamento del derecho de opción del acreedor en el Derecho anglosajón, estudiando sus principales características y la forma en que opera.

En el Capítulo Tercero, cuyo epígrafe es “Aspectos generales en torno al derecho de opción del acreedor frente al incumplimiento contractual”, me dedicaré a revisar el derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual a la luz del Derecho español. En primer lugar, estudiaré su ámbito de aplicación, determinando si su radio de operación se limita únicamente a los contratos bilaterales o sinalagmáticos, o,

si por el contrario, también se extiende a los contratos unilaterales. A continuación, examinaré los requisitos o elementos del derecho de opción, planteando aquí mi particular mirada acerca de los mismos, viéndose el tema de la resolución unilateral o extrajudicial del contrato y su posible aplicación en el ordenamiento jurídico nacional. Por último, analizaré algunas cuestiones asociadas al derecho de opción: el plazo de las acciones que derivan del derecho de opción; la indemnización de daños y perjuicios a que da lugar y si es posible la modificación de la opción elegida por el contratante cumplidor, a la luz de la tensión existente entre el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de buena fe.

En el Capítulo Cuarto de la tesis, y último, analizaré algunos textos de reforma, armonización y unificación del Derecho de las obligaciones a nivel global y europeo, teniendo como brújula al derecho de opción del acreedor. En este marco, primeramente, aparece el Reglamento N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

A continuación, me referiré al Convenio de Viena de 1968 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, partiendo por una breve referencia histórica acerca del establecimiento y entrada en vigor de dicha Convención. Me concentraré en la regulación del derecho de opción, poniendo énfasis en los remedios de que dispone tanto el comprador, como el vendedor frente al incumplimiento contractual. Llama la atención, en este tratado, la resolución anticipada, la sustitución de las mercaderías disconformes, la reparación de las mismas, la rebaja del precio, la suspensión del cumplimiento de las obligaciones, la indemnización de daños y perjuicios y la *mitigation* (reducción de los daños).

Luego, analizaré algunas de las propuestas hechas por la doctrina sobre la base de investigaciones internacionales: (i) los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de *UNIDROIT*; (ii) los Principios de Derecho contractual europeo

(Principios LANDO); (iii) el Proyecto de Marco Común de Referencia (*The Draft Common Frame of Reference*); (iv) el Proyecto de Código Civil Europeo y (v) la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil. Respecto de los Principios *UNIDROIT*, analizaré someramente su origen y gestación, así como su importancia a propósito de la regulación del derecho de opción. Refiriéndome a los particulares remedios que contemplan estos Principios: la indemnización de daños y perjuicios, la resolución por incumplimiento contractual, la suspensión del cumplimiento y la reparación de la cosa defectuosa. Luego, analizaré los Principios de Derecho Contractual Europeo o Principios Lando. Aludiré a sus finalidades y a la específica regulación que presentan en torno al derecho de opción del acreedor: derecho a exigir el cumplimiento, excepciones al cumplimiento específico, suspensión del cumplimiento, resolución del contrato, indemnización de daños y perjuicios y la reducción del precio. Asimismo, terminaré con una conclusión parcial en torno a lo expresado. Luego, haré alusión al Proyecto de Marco Común de Referencia. Siguiendo con el plan, analizaré en primer lugar, sus antecedentes históricos y la regulación del derecho de opción. Asimismo, realizaré un juicio crítico en torno a la regulación del derecho de opción en este texto. Posteriormente, revisaré el Código Europeo de Contratos. Este Código, también conocido como Propuesta de Pavía, tiene la particularidad de estar formado por disposiciones normativas, que pueden ser aplicadas de manera directa por el órgano jurisdiccional. En torno al Código Europeo de Contratos, analizaré brevemente la historia fidedigna de su establecimiento y la regulación especial que dispone a propósito del derecho de opción del acreedor.

Por último, revisaré la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, sus antecedentes y la regulación que presentan en torno al derecho de opción del acreedor. La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, considérola interesante no sólo por tener origen exclusivamente nacional,

sino porque se encuentra formulada como un verdadero proyecto de ley de reforma al Código civil, conforme a modernas nociones y conceptos del Derecho civil actual.¹⁷

Con todo, y antes de continuar con la presentación, pienso que es relevante efectuar algunas notas previas, con el fin de precisar el objeto de mi análisis, esto es, la hipótesis de trabajo, aquella proposición que se formula para servir de guía en una investigación científica. Adelanto que las diversas regulaciones del derecho de opción se estructuran, principalmente, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad. Pero, entre éste y el principio de la buena fe existe una clara tensión. Ambos principios se erigen como los dos grandes pilares del Derecho civil contractual. Aquí surge una primera cuestión: ¿es conveniente considerar a la autonomía de la voluntad como el sustento más relevante, que inspire las futuras reformas en torno al derecho de opción del acreedor frente al incumplimiento contractual?, o, dicho de otra forma: ¿el principio de la autonomía de la voluntad es la piedra filosofal del derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual? La autonomía de la voluntad es un reflejo de la tesis voluntarista, que erige a la voluntad individual como el fundamento del acto jurídico y de todo cuanto pertenece a él. La respuesta a las preguntas precedentes, tendrá importantes consecuencias. Frente al declive de la autonomía de la voluntad, surge el mencionado principio de la buena fe como el gran motor del Derecho obligacional. Por ello, en doctrina se habla de la “tensión” existente entre ellos. Se verá la forma en que esta última podría “modelar” al primero, actuando precisamente como una garantía para que el contrato se ajuste al principio de equidad natural. La buena fe podría “salvar” todo vacío o laguna legal, integrando el contrato.

En síntesis, de lo anteriormente expuesto, como así también del propio título de la tesis doctoral, la presente investigación se centrará básicamente, en ciertos problemas

¹⁷ El estudio se centrará en el análisis de la “Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos”. Vid.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial de Estado, Madrid, 2009, págs. 15 y ss.

que ha suscitado el derecho de opción del acreedor frente al incumplimiento contractual. Principalmente, se tratará de responder la siguiente pregunta: ¿se debe ajustar el derecho de opción por incumplimiento contractual a los nuevos postulados de la doctrina?, o dicho de otra manera, dentro del marco de armonización y unificación del Derecho europeo de las obligaciones y contratos, ¿es dable incorporar nociones propias del Derecho anglosajón, que se basan en principios económicos tales como el principio de la eficiencia?

Debo agregar que en esta materia, como en tantas otras del Derecho civil, la mayoría de los autores se han preocupado de realizar un análisis escolástico de las normas del Código civil y demás leyes complementarias, limitándose a realizar, en muchos casos, un análisis exegético de dichas reglas sin preocuparse por las externalidades negativas que ellas generan, oponiéndose sistemáticamente a la incorporación al Código civil de teorías modernas que se sustentan en sólidos postulados económicos, filosóficos o de cualesquiera otra índole. Con el fin de rejuvenecer al sistema español, en lo que atinge al derecho de opción, para que cobre un extraordinario vigor, elevando su reputación y responda así, de mejor manera a las necesidades del creciente comercio internacional, es interesante analizar la conveniencia de incluir en el Código civil a ciertas figuras jurídicas propias de otros sistemas legales.

Por último, creo relevante advertir que en mi trabajo, utilizaré principalmente una metodología expositiva y de sistematización sobre los aspectos más relevantes en torno al derecho de opción del acreedor. Sin perjuicio de ello, la metodología crítica no estará ausente de mi obra y se manifestará esencialmente en el análisis de jurisprudencia, en la opinión personal a lo largo de la obra y en las conclusiones parciales y finales de la misma. Asimismo, conjuntamente con el enfoque jurídico propiamente tal, pretendo utilizar, en menor medida, el enfoque pedagógico y didáctico, con el fin de que esta tesis constituya, un marco de referencia, aunque modesto, para inspirar alguna modificación legal al derecho de opción y orientar la labor

jurisprudencial.

CAPÍTULO PRIMERO.

ASPECTOS GENERALES EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

En general, podemos decir, y con la exclusiva finalidad de introducir el tema principal de este trabajo, que ni el *Code* ni el *Codice* definen al vínculo obligatorio, únicamente el B.G.B., en su parágrafo 241 establece que en virtud de la relación obligatoria el acreedor está autorizado a exigir del deudor una prestación.¹⁸ Por su parte, el Código Civil español, en su artículo 1088 establece que: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. La pregunta que surge es ¿estamos frente a una definición legal de obligación? Al parecer, la doctrina señala que no, pues, se trataría de una reiteración de lo dicho por PAULO (“*dandum, aliquid, vel faciendum, vel praestandum*”), que habría pasado al Código Civil a través de las Partidas (“alguna cosa cierta, que deuen dar a fazer unos a otros”, P. 5, 11, 1).¹⁹ Ésta es la opinión de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS,²⁰ para quien, “[...] en el artículo 1.088 no hay ni el menor asomo ni atisbo definitorio”.²¹

¹⁸ En efecto, el § 241 (“*Pflichten aus dem Schuldverhältnis*”) del BÜRGERLICHES GESETZBUCH (*BGB*) dispone que: “(1) *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.* (2) *Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*”. BÜRGERLICHES GESETZBUCH (*BGB*) 2002. SONDERAUSGABE. SCHULDRECHTSREFORM. NEUES RECHT/ALTES RECHT: Mit Einführung von Prof. Dr. Stephan Lorenz, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2002, pág. 99.

¹⁹ Cfr.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Op. Cit., págs. 15 y ss.

²⁰ Cfr.: BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P.: *La obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, pág. 33.

²¹ Aun cuando, en honor a la verdad, se debe indicar que, el origen de la “*obligatio*” es más bien oscuro y controvertido. Cfr.: PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M.: *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Portal Derecho, S. A., Madrid, 2010, pág. 74; TORRENT RUIZ, A.: *Manual de Derecho privado romano*, Edisofer, S. L., Zaragoza, 2002, págs. 327 y ss.

Por otra parte, sabemos que una de las clasificaciones más relevantes de los contratos, es la que distingue entre contrato unilateral²² y contrato bilateral, atendiendo, a si la convención genera obligaciones para una sola parte o ambas, respectivamente.²³

En este punto, se debe indicar que cierta parte de la doctrina ha venido planteando la necesidad de renovar esta clasificación, sustituyéndola por una distinción más acorde a la realidad y a los tiempos. En este sentido, se postulan tendencias que amplían el concepto de contrato bilateral, aplicándolo no sólo a los contratos unilaterales que se transforman en bilaterales (contratos sinalagmáticos “imperfectos”), sino que identifican el contrato bilateral con el oneroso. Así, v. gr., ya en el Código Civil italiano, aparece una nueva nomenclatura, pues, en vez de contratos bilaterales, se habla de “contratos con prestaciones recíprocas” (“*contratti con prestazioni corrispettive*”) en sus artículos 1453 y ss.²⁴ Para SANTOS BRIZ, esta nueva nomenclatura identifica al contrato bilateral con el contrato oneroso.²⁵ Sin embargo, existen notables diferencias entre el contrato bilateral y el contrato oneroso. Desde este punto de vista, si se llegan a equiparar los contratos bilaterales con los onerosos, ello supondría que, cuando uno de los contratantes incumple con su deber, se estaría rompiendo el equilibrio contractual, pues no se está ejecutando una de las prestaciones

²² En este sentido, O'CALLAGHAM MUÑOZ señala que: “Obligaciones unilaterales o simples son las normales, que coinciden, sin especialidad alguna, con el concepto de obligación es, pues, una relación jurídica entre acreedor y deudor”. O'CALLAGHAM MUÑOZ, X.: *Código civil. Comentado y con Jurisprudencia*, 5ª Edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 1118.

²³ Cfr.: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, *Derecho de obligaciones*, Jesús Corbal Fernández (Direct.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 170. Vid. también: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Direct.); MORALES IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S. (Coords.): *Tratado de contratos*, T. I, concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficiencia del contrato, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 120.

²⁴ Cfr.: SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, T. III, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, Derecho de daños, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pág. 129.

²⁵ Cfr.: *Ídem*; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Las relaciones obligatorias, Sexta Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008, pág. 428; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho civil y comercial*, T. II, Doctrinas Generales, Traducc. de Santiago Sentis Melendo, Prólogo de Vittorio Neppi, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, págs. 472 y ss.

emergentes del mismo. Ese equilibrio es consustancial a la noción de contrato bilateral, y su mantenimiento es una de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta por los contratantes, lo que supone, desde el punto de vista objetivo, el sostenimiento de la paz social y la tranquilidad.²⁶ Creo que, al asumir esta postura (identificación entre ambos tipos de contrato), sería más fácil aproximarnos a una explicación válida en torno a la facultad resolutoria tácita.

La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales²⁷ es una de las más fecundas en consecuencias jurídicas, su importancia radica en que existen ciertas instituciones²⁸ que sólo pueden actuar en los contratos bilaterales, son: (1) Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”. Con relación a

²⁶ Cfr.: MOSSET ITURRASPE, J.: *Estudios sobre responsabilidad por daños*, T. II, Fallos anotados y Doctrina, Reimpresión, Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, 1989, págs. 148–149.

²⁷ En la jurisprudencia y en la doctrina, se habla indistintamente de “contratos” u “obligaciones” unilaterales o bilaterales. Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 428.

²⁸ Al respecto, *vid.*: *Ibidem*, págs. 433 y 434; FERNÁNDEZ URZAINQUI, “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, Op. Cit., págs. 176 y ss.; MELICH ORSINI, J.: *Doctrina general del contrato*, 3ª Edición corregida y ampliada, Coedición de la Ed. Arte, Caracas, 1997, págs. 52–53; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, T. II, Op. Cit., págs. 473 y ss.; O’CALLAGHAM MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., págs. 1118 y 1119; PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de derecho civil*, vol. III, Segunda Edición, Derecho de Obligaciones, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1994, págs. 25 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, C.-J.: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Prólogo de José Beltrán de Heredia y Castaño, Dykinson, S. L., Madrid, 1990, págs. 117 y ss.; SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., págs. 130 y 131.

esta disposición, en general, la doctrina ha planteado que cuando la norma señala que uno de los obligados no cumple, se ha de entender que no cumple la obligación en los términos debidos, es decir, íntegramente y en la forma convenida. Por ello, en principio, la norma se aplica tanto para el caso de incumplimiento total, cuanto para el incumplimiento parcial de la obligación. Además, se dice que la disposición autoriza al acreedor a solicitar el cumplimiento o la resolución,²⁹ pero no puede pedir la resolución si en parte ya cumplió el deudor su obligación, pues el artículo 1124 del Código Civil le concede al acreedor el derecho de optar por la resolución o el cumplimiento, pero no pedir en parte el cumplimiento y en parte la resolución.³⁰ Esta disposición consagra la llamada condición resolutoria tácita, que constituye un elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral, y que consiste en que si una de las partes del contrato no cumple con sus obligaciones, la otra parte podrá pedir la resolución o el cumplimiento forzado de ella, con indemnización de daños y perjuicios.³¹ (2) En segundo lugar, sólo en los contratos bilaterales puede operar la llamada “*exceptio non adimpleti contractus*”.³²

²⁹ Se debe indicar, aun cuando aparezca como algo “obvio” que, la voz “resolución” “[...] indica la acción y efecto de resolver, verbo que proviene del latín y cuyas raíces son *re* y *solvere*, que significa disolver”. DE LA PEZA MUÑOZ CANO, J. L.: *De las obligaciones*, Quinta Edición, Ed. Porrúa, México, 2009, pág. 178.

³⁰ Cfr.: ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., págs. 106–107.

³¹ En el caso de la indemnización de daños y perjuicios, se debe tener presente que la entidad de los perjuicios reclamables varía, conforme se solicite el “cumplimiento forzado de la obligación” o la “resolución de la misma”. Al respecto, *vid.*: DE PABLO CONTRERAS, *Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual*, Op. Cit., pág. 222.

³² Con relación a esta institución, *vid.*: CARINGELLA, F. y DE MARZO, G.: *Manuale di Diritto civile. II. Le obbligazioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007, págs. 408–409; CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernándio Xiol Ríos (Direct.), Grupo El Derecho y Quantor, S. L., Madrid, 2010, pág. 1040; CRUZ MORENO, M^a.: *La «exceptio non adimpleti contractus»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 11 y ss.; ENNECERUS, L.: *Derecho de obligaciones*, Undécima Revisión por Henrich Lehmann, Traducc. de la 35.^a Edición alemana, Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, vol. Primero, doctrina general, Segunda Edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1954, págs. 166 y ss.; OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1983, págs. 33–39; RODRÍGUEZ–ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S. A., Málaga, 2013, págs. 83 y ss. Hay que agregar que esta institución ha sido conocida en doctrina, por el adagio “la mora purga a la mora”. Cfr.: PIZARRO WILSON, C.: *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, <www.fundacionfueyo.udp.cl>, pág. 2. En este sentido, PIZARRO WILSON señala que: “[...] Conocido

Esta excepción de contrato no cumplido o excepción de inejecución³³ supone que, en los contratos bilaterales ninguno, de los contratantes incurre en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.³⁴ (3) Por último, sólo en las obligaciones bilaterales se plantea el problema de los riesgos, que consiste en determinar si la extinción por caso fortuito o fuerza mayor de la obligación de una de las partes extingue igualmente o deja vigente la obligación de la otra.³⁵

bajo el aforismo «la mora purga la mora», el precepto transcrito representa el corolario de la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales”. PIZARRO WILSON, C.: *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, <www.fundacionfueyo.udp.cl>, pág. 2. En Italia, se le llama “*purgazione della mora*”. Cfr.: BARBERO, D.: *Sistema del Diritto privato italiano*, vol. Secondo, Obbligazioni e contratti, successioni per causa di morte, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962, pág. 88.

³³ La doctrina francesa se refiere a ella como “excepción de inejecución” (“*exception d’inexécution*”). Cfr.: CANIN, P.: *Droit civil. Les obligations*, 3^e edition, Hachette Livre, Paris, 2007, pág. 81; MALAURIE y AYNÈS, *Cours de Droit civil*. T. VI, Obligations, vol. II, Contrats et quasi-contrats, MALAURIE, P. y AYNÈS, L.: *Cours de Droit civil*. T. VI, Obligations, vol. II, Contrats et quasi-contrats, 11^e edition 2001/2002, Éditions Cujas, Paris, 2001, pág. 275; MALAURIE, P.; AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P.: *Les obligations*, Editions juridiques associées, Defrénois, Paris, 2003, pág. 415. En el mismo sentido, se pronuncia la doctrina belga y alemana. Al respecto, cfr.: VAN OMMEFLAGHE, P.: *Droit des obligations*, Tome Premier, Introduction Sources des obligations (première partie), Bruylant, Bruxelles, 2010, págs. 7 y ss.; VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, Traducc. del alemán y concordado por W. Rocas, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2007, pág. 854.

³⁴ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “Esta excepción no impide el que se ejercite la acción para pedir que la irregularidad se subsane *in natura*, o que se reduzca su obligación en la cuantía que requiera la imperfección. Si lo que ocurre es que lo imperfecto del cumplimiento no afecta a que deba apreciarse que globalmente lo hubo, quien lo recibió defectuoso no puede utilizar la *exceptio non rite adimpleti contractus* para no cumplir él nada, sino que sólo puede pedir que antes de hacerlo, se perfeccione el cumplimiento o se reduzca la cuantía de su prestación en el valor de la imperfección, o no cumplir él enteramente, sino sólo en la proporción en que el cumplimiento del otro es completo o correcto. Esta doctrina, si bien no está recogida de forma expresa en ningún artículo del C. c., concuerda con los principios de nuestro ordenamiento (como se deduce en particular de lo establecido en artículos del C. c., como los 1.124, 1.100, último párrafo y 1.466), y es aceptada por la opinión común de la doctrina, y por la jurisprudencia”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., págs. 104–107. Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, doctrina general, 1954, Op. Cit., págs. 166–167.

³⁵ Sobre este punto, es conveniente citar lo que plantea ALBALADEJO GARCÍA: “La extinción de la contraobligación [por imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación] no la establece explícitamente nuestro Código, pero así lo dice –como afirmé– una extendida opinión doctrinal y cierta jurisprudencia. Pensándose que cabe apoyarlo en el espíritu que revelan los arts. 1.124 y 1.274, así como en que, de lo contrario, se enriquecería injustamente la parte que, como deudor, se libera por la imposibilidad de su prestación y, como acreedor, tiene, sin embargo, derecho a exigir el cumplimiento a la otra parte, siendo así que las dos obligaciones se justifican la una por la otra”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II.*

En general la doctrina señala que, en lo que se refiere particularmente a la etapa de cumplimiento o incumplimiento de la obligación, se pueden presentar tres hipótesis: (a) En la primera, el deudor cumple cabalmente y en los términos estipulados su deber. Es lo que se denomina “cumplimiento perfecto” de la obligación. Es decir, el deudor ejecuta precisamente el objeto de la obligación, en forma íntegra, cabal y oportuna a través del pago. Este cumplimiento extingue definitivamente la obligación y en caso de ser rechazado por el acreedor, éste cae en mora de recibir el pago, (siempre que cumpla el deudor con los requisitos de la consignación)³⁶ con las consecuencias jurídicas que ésta tiene. (b) Otra posibilidad es que el deudor no ejecute la prestación debida dentro del término fijado por la convención, la ley o el juez; o bien, que realice un cumplimiento ejecutando una prestación defectuosa, que no satisface los intereses del acreedor. En este caso, aunque estamos frente a un incumplimiento contractual, siempre es dable ejecutar la prestación, aun cuando sea fuera de plazo, o subsanar los vicios del objeto de la misma. A esta segunda hipótesis, la doctrina la denomina “cumplimiento anormal o defectuoso”. (c) Por último, se encuentra el “incumplimiento total y definitivo”, que acontece toda vez que resulta imposible ejecutar el objeto de la prestación,³⁷ o cuando, siendo posible ejecutarlo, ya no satisface los intereses del acreedor, sea porque se convino un plazo esencial, y se incumplió, o el lapso transcurrido supone que el acreedor ha dejado de tener interés en el cumplimiento de la misma, dando origen a lo que en doctrina se denomina la “frustración del interés

Derecho de Obligaciones, Op. Cit., pág. 107.

³⁶ El artículo 1176 del CC dispone que: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación”.

³⁷ La jurisprudencia ha acogido la “*actio in rem verso*”, como medio para evitar un enriquecimiento sin causa, toda vez que resultara imposible ejecutar la prestación que pesa sobre uno de los contratantes, derivada de un negocio sinalagmático, con el fin de que la otra parte le restituya lo que hubiera recibido de la primera. (STS de 9 de diciembre de 1983 y STS 23 de diciembre de 1988). Cfr.: ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., pág. 100.

contractual”.³⁸ En este sentido, para DABIN, cuando no es posible alcanzar el fin del contrato o del ejercicio de un derecho, la relación de equivalencia se destruye, y el contrato no puede subsistir, salvo que se le hagan modificaciones.³⁹

Además, se ha dicho que la frustración del contrato (cuestión que es distinta del caso fortuito o fuerza mayor) inhibe a la responsabilidad contractual, constituyendo una

³⁸ Cfr.: GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T. II, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 135–137. En este sentido, vid.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 161. Ahora bien, a propósito de la frustración del fin del contrato, puedo adelantar que la jurisprudencia ha tenido presente esta noción, a propósito de la acción de resolución de los contratos. Así, la STS de 16 de mayo de 2012, dispone que: “[...] Para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la «voluntad deliberadamente rebelde», exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 5806) , «se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980» (RCL 1991, 229 y RCL 1996, 2896) (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte». STS de 16 de mayo de 2012, (RJ/2012/6351). En torno a la frustración del fin del contrato, LARENZ explica lo siguiente: “La imposibilidad de alcanzar el fin objetivo del contrato puesto de relieve en el contenido del mismo, o, según la terminología de Krückmann, la imposibilidad de la consecución del fin (o del ejercicio del derecho), constituye, al lado de la destrucción de la relación de equivalencia, el segundo supuesto de hecho típico al realizarse el cual (con independencia del caso, legalmente regulado, de imposibilidad de la prestación) el contrato no merece ser conservado o serlo sin modificaciones, por haber perdido su sentido originario”. LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducc. de Carlos Fernández Rodríguez, Edición al cuidado de José L. Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2002, pág. 138. Vid. también: CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., págs. 1029–1031; DABIN, J.: *El derecho subjetivo*, Traducc. de Francisco Javier Osset, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2006, págs. 138 y ss.

³⁹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 138.

excepción al principio de la fuerza obligatoria de los contratos o “*pacta sunt servanda*” (“*sanctity of contract*”).⁴⁰ Así, el artículo 1184 del Código Civil español dispone que: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.⁴¹

2.– DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.

2.1.– CONCEPTO.⁴²

El derecho de opción del acreedor, mal llamado condición resolutoria tácita,⁴³ se define como aquella facultad que consiste en que frente al incumplimiento de una de las partes, por culpa o dolo, la otra podrá elegir entre la resolución o el cumplimiento de ella, con indemnización, en todo caso, de daños y perjuicios.⁴⁴ Utilizo el vocablo

⁴⁰ Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 2005, pág. 46.

⁴¹ El artículo 888 del CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, dispone que: “La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”. *Código Civil y legislación complementaria*, Concordado y comentado por Marcelo U. Salerno y Carlos A. R. Lagomarsino, Ed. Heliasta, S R. L., Buenos Aires, 2006, pág. 250.

⁴² A modo de prevención, OGAYAR Y AYLLÓN, señala lo siguiente: “El concepto de nulidad de los actos y negocios jurídicos es uno de los más confusos del Derecho civil. Tanto la doctrina científica como los Códigos civiles utilizan con no mucha precisión los términos de ineficacia, inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, etc., como revela nuestro Código, el que usa una terminología confusa y muy imperfecta”. OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 43.

⁴³ Esta institución también es llamada “condición resolutoria tácita o implícita” o “facultad resolutoria tácita”. Cfr.: GARCÍA GOYENA Y OROBIA, F. F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Cometa, S. A., Zaragoza, 1974, pág. 561; SANTOS BRIZ, J. (Direct.) y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, T. 3, Ed. Bosch S. A., Barcelona, 2003, pág. 109.

⁴⁴ En este sentido, LETE DEL RÍO señala que: “El Derecho romano desconocía la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales, si bien en la compraventa con precio aplazado era frecuente una cláusula adicional, llamada *lex commissoria*, en virtud de la cual si el precio no era abonado dentro del plazo fijado se resolvía la compraventa y volvía la cosa al vendedor. En la Edad Media, los canonistas hablan de una condición tácita, aunque no se hubiere pactado, por entender que todo contrato se celebra si *fides servetur*. Pero fue el Derecho consuetudinario francés el que consagró esta posibilidad de

facultad, pues, como se verá más adelante, estimo que él define, de mejor manera, la verdadera esencia del derecho de opción, cual es concederle al contratante cumplidor, bajo cierto supuesto (incumplimiento esencial de la contraparte) la “opción” para elegir entre ciertos derechos. Es decir, conforme a esta facultad, cada contratante puede, cuando el otro incumple con sus obligaciones, o pedir que se apremie a la contraparte para que cumpla, o solicitar que se resuelva su propia obligación.⁴⁵

Tradicionalmente, el derecho de opción se ha definido como “[...] aquella facultad que otorga la ley a una de las partes vinculada en una obligación recíproca cuando, habiendo cumplido o estando dispuesta a hacerlo, se niega el otro obligado a realizar la prestación debida al primero. Más que una condición resolutoria, se trata de una facultad de resolución implícita en las obligaciones recíprocas, que complementa adecuadamente las excepciones de incumplimiento puestas a disposición del contratante que cumple o quiere cumplir frente al incumplidor”.⁴⁶

En este punto, repito la definición que nos entrega MIQUEL, para quien la facultad resolutoria tácita “[...] es la extinción de un vínculo contractual válido, por imposibilidad de lograr el fin económico-social propuesto por las partes y tutelado por

resolución”. LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*, vol. I. La relación obligatoria en general, Cuarta Edición, revisada y puesta al día por Javier Lete Achirica, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2000, pág. 94.

⁴⁵ Cfr.: DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho civil*, Traducc. de la 4.^a edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro, T. II, vol. primero, Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho sucesorio, Instituto Ed. Reus, Madrid, 1977, pág. 300.

⁴⁶ RIBÓ DURÁN, L.: *Diccionario de Derecho*, Segunda Edición, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1995, pág. 228. Vid. también: COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho civil*, Traducc. de la Segunda Edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen, T. Tercero, Instituto Ed. Reus, Madrid, 1960, págs. 736 y ss.; ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Nueva Edición, corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre Derecho americano, por Juan B. Guim, Librería de Rosa, Bouret y C^a, París, 1851, pág. 482; MONTOYA MELGAR, A.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1995, págs. 5889 y ss.; VILLA-REAL MOLINA, R. y DEL ARCO TORRES, M. Á.: *Diccionario de términos jurídicos*, Segunda edición, Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 102.

el ordenamiento jurídico, a causa de la sobreviniente destrucción de la relación de reciprocidad, producida porque una de las partes no ha realizado la prestación a su cargo”.⁴⁷

Esta facultad se entiende implícita en los contratos bilaterales, es decir, constituye un elemento de la naturaleza de los mismos. Para definir al derecho de opción, sólo resulta esencial mencionar el concepto de facultad, además, el propio CC la llama expresamente “facultad”.⁴⁸ MANSERA, citado por ÁLVAREZ VIGARAY la llama también “remedio”⁴⁹ –expresión propia del Derecho anglosajón–,⁵⁰ definiéndola como “[...] aquella facultad o remedio que, con carácter principal y genérico, otorga la ley en las obligaciones recíprocas para resolverlas y a favor de la parte a la otra asignado”.⁵¹ Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que: “La facultad

⁴⁷ MIQUEL, J. L.: *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª Edición, actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 73. En este mismo sentido, SÁNCHEZ LORENZO, señala que: “[...] Jurídicamente, el término «imposible» es tan relativo como pueda serlo en el lenguaje vulgar. La caracterización como «imposible» de la ejecución de una obligación contractual depende en gran medida del objeto y de la función del contrato y, en suma, de su interpretación”. SÁNCHEZ LORENZO, “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, Op. Cit., pág. 46.

⁴⁸ En este sentido, MONTÉS PENADÉS dice lo siguiente: “Tal y como aparece redactado, el precepto parece conceder a la parte cumplidora una facultad de provocar la resolución, puesto que (párrafo tercero) el juez puede conceder un nuevo plazo si hay «causas justificadas»”. MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Manuel Albaladejo García (Direct.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pág. 1173. Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 28; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, Mª. Á.: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, La Ley-Actualidad, S. A., Madrid, 1998, pág. 19; GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T. II, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 80; MORENO GIL, Ó.: *Código civil y jurisprudencia concordada*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 988; O’CALLAGHAM MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1119.

⁴⁹ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones. Sección primera. –De las obligaciones puras y de las condicionales”, *Comentario del Código civil*, Cándido Paz-Ares Rodríguez; Luis Díez-Picazo Ponce de León; Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (Directs.), Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 97.

⁵⁰ Con relación a la expresión “remedio”, RUBIO CORREA señala que: “En realidad, este concepto viene del Derecho anglosajón donde tiene amplia difusión”. RUBIO CORREA, M.: *El Derecho civil*, Fondo Ed. de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, pág. 73.

⁵¹ ÁLVAREZ VIGARAY, “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones. Sección primera. –De las

resolutoria constituye uno de los remedios legales de tutela del acreedor ante el incumplimiento de la otra parte en contratos con obligaciones recíprocas”.⁵² Por su parte, CLEMENTE MEORO utiliza la expresión “medio de tutela” a favor del acreedor.⁵³

El cuanto al nombre, prefiero la denominación “derecho de opción”, pues, en caso de incumplimiento contractual, el perjudicado puede “escoger” entre el cumplimiento forzado de la obligación o, la resolución de la misma.⁵⁴ Cuando el contratante diligente escoge la resolución de la obligación, la relación jurídica se extingue sobrevenidamente, sobre la base del incumplimiento esencial de la obligación del contratante incumplidor.⁵⁵

Desde esta perspectiva, la doctrina ha dicho que la acción resolutoria en caso de incumplimiento contractual, se erige como un eficaz medio de tutela del derecho de crédito en las obligaciones sinalagmáticas o bilaterales, y cuyo titular es el acreedor. Frente al incumplimiento del contratante negligente, el acreedor cumplidor puede elegir entre solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, o bien, pedir que se decrete el término de la relación contractual. Esta última forma de extinción sobrevenida de la obligación, se denomina “resolución por incumplimiento”,⁵⁶ consagrada en el artículo

obligaciones puras y de las condicionales”, *Comentario del Código civil*, Op. Cit., pág. 97.

⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Direct.): *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 8213. Vid. también: *Ibidem*, pág. 8225.

⁵³ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 27.

⁵⁴ Cfr.: ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 424.

⁵⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 27.

⁵⁶ En Italia, por su parte, la resolución “[...] designa, en general, la extinción del contrato por un evento que impide la relación; así, la resolución puede ser definida, sin más, como la disolución de la relación contractual”. BIANCA, C. M.: *Derecho civil. 3. El contrato*, Traducc. por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 754.

1124 del Código Civil.⁵⁷ También se habla indistintamente de “acción de resolución por incumplimiento”,⁵⁸ la que se ha definido como la posibilidad “[...] que tiene la parte a la cual no pueda imputársele haber incumplido la obligación a su propio cargo de demandar judicialmente a la parte incumplidora para obtener que una sentencia le desligue de sus compromisos recíprocos, si es que aún no los ha ejecutado, o que disponga la restitución de lo que ella misma haya ya dado, si en cambio éste fuere el caso”.⁵⁹ También se ha dicho que se trata de “[...] un mecanismo legal por el cual se permite a una de las partes dejar sin efecto, por lo general retroactivamente, un contrato que produce obligaciones recíprocas ante el incumplimiento de una de ellas”.⁶⁰

⁵⁷ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 27. Vid. también: DE PABLO CONTRERAS, P.: “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., págs. 184 y ss. Ahora bien, un aspecto interesante es determinar si el contratante diligente puede alegar como excepción procesal, la facultad resolutoria del contrato, al respecto, CLEMENTE MEORO señala que: “Ahora bien, estas consideraciones no deben llevarnos a pensar que siempre es posible alegar la resolución por vía de excepción y nunca hace falta que el demandado reconvenga a tal efecto. Y ello por dos razones: a) Por vía de excepción sólo cabe alegar una resolución que ya fue declarada antes de que el deudor incumplidor demandara el cumplimiento. Si el acreedor no optó por la resolución antes de que el otro contratante instara judicialmente el cumplimiento, no puede aquél hacerlo por vía de excepción, sino que deberá reconvenir para que sea el juez quien con su decisión le libere de cumplir su obligación”. CLEMENTE MEORO, M. E.: “La resolución del contrato como excepción procesal”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez; Jorge Caffarena Laporta; José M^a Miquel González; Vicente L. Montés Penadés; Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador), T. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003, pág. 1677. En contra, cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia señalan que: “La resolución del contrato sólo puede ser postulada por vía de acción y no de excepción, pero como quiera que en el «*petium*» del escrito de contestación, lo único que se postuló fue la desestimación de la demanda (lo que excluye, toda posibilidad de reconvenición, ni siquiera «implícita»), lo único que puede hacer el juzgador, ante tan anómala situación, es no tener en cuenta dicha alegación de resolución contractual. (STS 18–11–1994; RJ 1994, 8843)”. CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1996, pág. 1227.

⁵⁸ Cfr.: MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Op. Cit., págs. 52–53; PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Derecho civil*, Obra compilada y editada, Traducc. de Leonel Pereznieta Castro, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Ciudad de México, 1996, pág. 899. En este sentido, se pronuncia la STS de 28 de enero de 1944, (RJ/1944/223). Cfr.: GARCÍA PÉREZ, R.: “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones. Sección primera. De las obligaciones puras y de las condicionales. Artículo 1.124”, *Jurisprudencia civil comentada*, T. II, artículos 609 a 1.314, Miguel Pasquau Liaño (Direct.), Klaus Jochen Albiez Dohrmann y Ana López Frías (Coords.), Ed. Comares, S. L., Granada, 2000, pág. 1969.

⁵⁹ Cfr.: MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Op. Cit., pág. 52.

⁶⁰ Cfr.: CORRAL TALCIANI, H.: “La cláusula penal en la resolución del contrato”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, Enrique Alcalde y Hugo Fábrega (Coords.), Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2009, pág. 3.

La resolución implica que se extinguen las obligaciones recíprocas nacidas de ese contrato, dado el carácter sinalagmático del mismo y la interdependencia existente entre dichas obligaciones.⁶¹

En general, la doctrina ha dicho que el artículo 1124 del Código Civil establece un efecto especial⁶² y propio⁶³ de las obligaciones recíprocas: la facultad de resolución de las mismas⁶⁴ que se le concede al acreedor diligente;⁶⁵ la que ha generado una serie de inconvenientes al momento de precisar sus consecuencias.⁶⁶

2.2.– NATURALEZA JURÍDICA.

2.2.1.– DOCTRINA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA.

⁶¹ Cfr.: O'CALLAGHAM MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1119.

⁶² En este sentido, ALBÁCAR LÓPEZ señala que: “Regula este importante precepto la llamada impropia «condición resolutoria tácita», figura que no es más que el efecto propio de los contratos bilaterales que viene impuesto por la ley, es decir, sin necesidad de presumir la existencia, ni aun tácita, de condición resolutoria alguna”. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, Arts. 1.088 a 1.444, doctrina, antecedentes y concordancias de Jaime Santos Briz y José Ángel Torres Lana, José Luis Albácar López, (Direct., coord., selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía), Ed. Trivium S. A., Madrid, 1991, pág. 162.

⁶³ Cfr.: SANTOS BRIZ, J.: *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1991, pág. 539.

⁶⁴ Es importante indicar que lo que se resuelve es la relación jurídica nacida del contrato (obligación), y no el contrato mismo. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 10.

⁶⁵ PUIG BRUTAU la llama “facultad de resolución”. Cfr.: PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Cuarta Edición Revisada, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1988, pág. 118. Vid. también: CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1228.

⁶⁶ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Xavier O'Callaghan Muñoz (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pág. 384.

La primera cuestión⁶⁷ que surge a propósito de este concepto es si realmente es una condición.⁶⁸ Para la concepción tradicional,⁶⁹ tanto en la doctrina⁷⁰ como en la práctica,⁷¹ señalan que estamos frente a una condición resolutoria.⁷² Con todo, la

⁶⁷ La palabra “condición”, tiene al menos tres sentidos: “[...] en lengua vulgar, cláusula; en vieja lengua jurídica afrancesada, cualquier hecho del que depende una consecuencia jurídica; en lengua jurídica germanizante, el evento futuro e incierto del cual las partes hacen depender uno o más efectos del contrato”. BLASCO GASCÓ, F. de P.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 18.

⁶⁸ En este sentido, LACRUZ BERDEJO señala que: “El C. c. formula esto como si funcionase un pacto, implícito en todo contrato recíproco, facultando a cada parte para resolver en caso de incumplimiento de la contraria. Sin duda la redacción ha sido influida por los antecedentes: en el Derecho romano fue tan habitual pactar la resolución de la venta cuando no se pagaba el precio (*lex commissoria*), que luego acabó por sobreentenderse ese pacto, aunque no lo mencionara el contrato. Ulteriormente se extendió por los tribunales la resolución a petición de una parte y por incumplimiento de la otra, a todos los contratos sinalagmáticos, por entenderse que comportaban dicha cláusula resolutoria, y así pasó la norma jurisprudencial, de la práctica de los tribunales franceses, a través del Código de Napoleón, al español y a otros”. LACRUZ BERDEJO; SANCHEZ REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, Op. Cit., pág. 193. Vid. también: MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Comentarios al Código Civil”, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, en <www.vlex.com>, 1989, pág. 12. Por su parte, ROVIRA I JAÉN, señala que: “En el Derecho romano el pacto de la *lex commissoria* entraña una verdadera condición resolutoria de la venta, la cual se producía de modo automático al cumplirse el *factum* de la condición, que es el impago del precio en el tiempo convenido”. ROVIRA I JAÉN, F. J.: “El pacto de *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 69, nº 615, Madrid, Mar.–Abr. 1993, pág. 351.

⁶⁹ En este sentido, PUIG BRUTAU, plantea que: “Es muy frecuente hablar de esta facultad de resolución afirmando que se trata de una condición resolutoria tácita, aunque la s. de 5 de julio de 1941 declaró que es más exacto hablar de acción de resolución que de condición resolutoria tácita. [...] Por tanto, en el efecto condicionante de la reciprocidad no existe ninguna condición en sentido propio (*condictio facti*), ni tan siquiera una de las llamadas condiciones *iuris*. Lo que es el efecto condicionante que entre sí han de tener necesariamente las prestaciones esenciales y recíprocas de la relación obligatoria de que se trate”. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., págs. 118–119.

⁷⁰ En este sentido, SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA señala que: “Los principales seguidores de esta teoría [la facultad resolutoria tácita entendida como condición] son los autores de la escuela de la exégesis y algunos tratadistas franceses posteriores. La base de esta teoría se encuentra en el artículo 1184 del Código civil francés que en su primer párrafo afirma que «la condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no cumpla su compromiso»”. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1979, pág. 92.

⁷¹ La STS de 10 de marzo de 1950 decretaba que el fundamento de esta institución era la condición resolutoria tácita. Cfr.: RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 127.

⁷² En este sentido, señala MONTÉS PENADÉS que: “Una buena parte de la doctrina francesa posterior al *Code*, como ya los propios redactores, entendieron las ideas de Domat y Pothier como una verdadera condición resolutoria. Creían que de este modo respondían mejor a las necesidades de la práctica. Para

doctrina moderna formula ciertos reparos a esta opinión,⁷³ indicando que, impropriamente, se le denomina condición resolutoria tácita⁷⁴ a esta institución.⁷⁵ La jurisprudencia también ha señalado que esta denominación es incorrecta, (STS de 28 de enero de 1944, 7 de enero de 1948, 17 de febrero de 1950 y 18 de mayo de 1955).⁷⁶ Aun cuando, algún autor lo ha llamado “*pacte comissoire tacite*”.⁷⁷

Las principales críticas a esta nomenclatura son: (a) Las condiciones constituyen elementos accidentales de un acto o contrato, y como tal requieren de la manifestación de voluntad de las partes, las cuales la incluyen en una cláusula especial del contrato, mas la condición resolutoria tácita constituye un elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral, es decir, es un elemento que sin ser de la esencia del contrato, se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial.⁷⁸ Este origen legal y no

estos autores, la condición tácita suspendía la ejecución, no el contrato, no la obligación”. MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Op. Cit., pág. 1182. Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, “Manual de Derecho civil”, 1998, Op. Cit., pág. 122.

⁷³ En este sentido, *vid.*: DELL’AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981, págs. 90 y ss.

⁷⁴ A propósito de la cláusula resolutoria, MOLL DE ALBA LACUVE señala que: “Es ésta la tesis que mayor éxito ha tenido en España hasta el punto que la expresión ha sido recogida en nuestra legislación hipotecaria. Dice el art. 11 LH: «La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita [...]»”. MOLL DE ALBA LACUVE, CH.: “La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles”, *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Eugenio Llamas Pombo (Coord.), T. II, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pág. 430.

⁷⁵ Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 162.

⁷⁶ Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Ediciones Jurídicas Difusa, S. L., Madrid, 2007, pág. 925.

⁷⁷ Cfr.: VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 877.

⁷⁸ La doctrina chilena también discute el carácter de condición de la facultad resolutoria tácita, señalando que: “Por razones históricas, nuestro Código contempla esta figura como el efecto de una condición resolutoria que por ir envuelta en todo contrato bilateral se denomina tácita (art. 1489 CC [chileno]). No obstante, no hay propia condición puesto que el incumplimiento no resuelve el contrato, sino que sólo da derecho al otro contratante a pedir el cumplimiento forzado o la resolución, ambas con indemnización de perjuicios. Por eso, la resolución requiere que se pida judicialmente y que así se declare por sentencia judicial”. CORRAL TALCIANI, “La cláusula penal en la resolución del contrato”, Op. Cit., págs. 3–4.

pacticio, veda la posibilidad de que estemos frente a una verdadera condición.⁷⁹ (b) La incorporación de modos a los negocios jurídicos, se debe al deseo de las partes de satisfacer mejor los intereses particulares de cada uno;⁸⁰ en cambio, estimo que la razón de la inclusión de la condición resolutoria tácita en todo contrato bilateral, obedece más bien, al deseo del legislador de que los contratos se cumplan.⁸¹ (c) Además de lo anterior, el acaecimiento del hecho en que se sustenta esta pretendida condición,

⁷⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAR señala que la noción de condición, “[...] responde a razones puramente históricas, configurándose como uno de los dos tipos de protección del contrato innominado. En efecto, parece que el fundamento de la denominada *condictio causa data non secuta* no fue otro que el de evitar un supuesto intangible de enriquecimiento injusto, pudiendo así obtenerse la devolución de lo que se entregó; ello, se sitúa en un primer momento histórico, en el que habida cuenta de la escasa autonomía de las partes en el ámbito contractual, se contempla la prestación realizada desde un punto de vista extracontractual. No obstante, dado que con ello, no se conseguía proteger de forma adecuada el interés del que había realizado la prestación (pues, obviamente, para éste, tenía más valor la contraprestación del contrario que la devolución de su propia prestación) se introduce, con posterioridad la *actio pascscriptis verbis*, que permitía, precisamente demandar lo prometido. Tal protección hay que situarla en un momento posterior en el que la figura ha obtenido ya una contemplación y una tutela genuinamente contractuales, manteniéndose, asimismo, la figura de la *condictio*, que, nacida de otras circunstancias, permitía al contratante que había cumplido lo que a él le incumbía, dar por resuelto el contrato innominado”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAR, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 385–386. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 164; MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 10.

⁸⁰ En este sentido, la STS de 5 de julio de 1941, argumentaba que esta teoría [de la condición resolutoria tácita] carecía de valor, pues las condiciones son estipulaciones accesorias incorporadas al contrato, por la voluntad de las partes, y no impuestas por la ley. Cfr.: RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 128.

⁸¹ En este sentido, SANTOS BRIZ señala que: “Difiere, [la facultad resolutoria tácita] sin embargo esta llamada «condición» de la verdadera y propia condición por tener su origen en la ley, no en la voluntad de las partes”. SANTOS BRIZ, J.: “Comentarios”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coord.), T. 6, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2000, pág. 213. Por su parte, PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, señalan que: “[...] la *condictio facti* es una determinación de voluntad introducida arbitrariamente por las propias partes, mientras que la facultad de resolver aparece como efecto de las obligaciones recíprocas establecido por el legislador”. PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 123. En este mismo sentido, DE PABLO CONTRERAS señala que: “Sin embargo, tal planteamiento resulta inexacto, porque la facultad de resolución no es, como las verdaderas condiciones, un elemento añadido por la voluntad de las partes, sino predispuesto por la ley. Como dice la STS. 4 abril 1990, es doctrina reiterada de esta Sala que no procede la aplicación del art. 1.124 Cc., por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciones el ejercicio de la resolución; y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la facultad de resolver que otorga el dicho art. 1.124”. DE PABLO CONTRERAS, “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., pág. 216.

(incumplimiento imputable de la obligación), no constituye realmente una condición de la que depende el nacimiento o la extinción de un derecho.⁸² (d) Asimismo, la doctrina agrega que la resolución no se verifica *ipso iure* una vez cumplida la condición (incumplimiento de una obligación principal, emergente de un contrato sinalagmático), sino que, por el contrario, únicamente le concede la facultad o derecho de opción⁸³ al contratante cumplidor,⁸⁴ para solicitar la resolución de la obligación, si es que no opta por pedir el cumplimiento forzado de la misma.⁸⁵ (e) Por último, se ha dicho que no es

⁸² En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que: “Las diferencias [entre la condición resolutoria y la facultad resolutoria] se encuentran, fundamentalmente, en su contenido y en el proceso que conduce a la ineficacia”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8213–8214.

⁸³ En este sentido, la doctrina ha señalado que, a pesar de que el artículo 1124 del CC emplea la voz “facultad”, se trataría más bien de un “derecho de opción”, pues la resolución, a diferencia de la condición resolutoria, no opera de manera automática, sino que requiere de un acto de voluntad de parte del contratante cumplidor. Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Direct.): *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2009, pág. 457. La jurisprudencia también lo ha llamado “derecho de opción”. En este sentido, la STS de 5 de julio de 1980, dispone que: “El artículo 1.124 del CC atribuye a la parte perjudicada por la infracción de lo pactado un derecho de opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse acudiendo a la vía judicial, o bien fuera de ella [...]. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 183.

⁸⁴ En este mismo sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, señala que: “Dicha facultad resolutoria no es una condición en sentido técnico, porque la resolución no se produce automáticamente, sino a petición de parte, y además sólo el contratante que cumplió o estuvo dispuesto a cumplir puede pedir la resolución, y no la parte que incumplió, a no ser que su incumplimiento traiga su causa en la otra parte (SSTS 10.4.97, 29.7.99)”. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, El Derecho de los contratos, Civitas, Madrid, 2002, pág. 94.

⁸⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 41. Este autor, agrega los siguientes argumentos, para justificar que la facultad concedida por el artículo 1124 del CC. no es una “condición resolutoria”: “[...] Sólo una de las partes contratantes, la que no ha recibido la prestación, se encuentra facultada para resolver. Esta afirmación reiterada de la jurisprudencia que no puede resolver el contratante incumplidor. Como muestra, la sentencia de 21 de mayo de 1992 (R.J.A. 4.268) manifiesta que «si existe alguna imposibilidad material que impida el cumplimiento del contrato, derivada precisamente de la mala fe de las vendedoras, no es posible concederles a ellas la facultad de una resolución contractual, establecida más bien como sanción a su conducta, pues ello iría no sólo contra lo dispuesto en el art. 1.256, sino más concretamente contra el art. 1.124, ambos del Código Civil». En el caso de esta sentencia las vendedoras de una vivienda manifestaron haber adquirido dos quintas partes de ella por herencia y el resto por compra efectuada a sus hermanas muchos años antes. El comprador pagó 500.000 pesetas y se aplazó el resto del precio; y como no se elevara el contrato a escritura pública, requirió de ello a las vendedoras, quienes le manifestaron no poder elevar el documento privado a escritura pública por cuanto sus sobrinos, herederos de sus hermanas, se negaban a vender su participación, dando por «rescindido» el contrato y devolviendo al comprador requirente las 500.000 pesetas recibidas como parte del precio. La Sala de apelación, revocando la sentencia de primera

posible elevar a la categoría de condición (hecho futuro e incierto) al incumplimiento de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, en un negocio bilateral, por cuanto es un hecho que según el legislador, influirá directamente en la eficacia del negocio jurídico.⁸⁶ Porque la condición subordina el nacimiento o la extinción de un derecho al hecho futuro e incierto del cual depende, pero no la eficacia del negocio, pues, de lo contrario, se confundiría con el plazo o término (hecho futuro y cierto).⁸⁷

2.2.2.– DOCTRINA DE LA FACULTAD.

Por las razones precedentes, se ha señalado que, como lo dispone el artículo 1124 del Código Civil, la acción resolutoria por incumplimiento, consiste en una “facultad” que la ley le otorga al contratante incumplidor, de tal forma que puede elegir entre el cumplimiento o aquella,⁸⁸ y, sus efectos no se producen de manera automática con el incumplimiento.⁸⁹ En definitiva, la resolución se tipifica en un derecho

instancia, entendió que el contrato había quedado resuelto por acuerdo liberatorio –mutuo disenso– de las partes que lo suscribieron. El Tribunal casa la Sentencia de la Audiencia con base en el argumento reseñado. 5ª La resolución por incumplimiento no tiene efecto retroactivo respecto de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. 6ª La resolución por incumplimiento puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios. 7ª No es posible elevar a verdadera condición el incumplimiento por una de las partes de su obligación fundamental; esto es, un evento futuro e incierto pero atinente a la realización del negocio no puede ser objeto de una verdadera y propia condición. 8ª Por último, incluso se ha señalado que, aunque el artículo 1.124 C.C. hable de la resolución de las obligaciones por incumplimiento, nada tiene que ver con el supuesto de condición resolutoria, porque, en el fondo, es una acción más bien de tipo rescisorio, con base en la lesión que significa que el que ha cumplido la obligación que le incumbe en el contrato sinalagmático, el incumplimiento por la otra parte contratante”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 43–44. Vid. también: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 812; MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., págs. 10 y 12.

⁸⁶ Cfr.: *Ibidem*, pág. 12.

⁸⁷ Al respecto, *vid.* también: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 921.

⁸⁸ También con relación a la cláusula resolutoria expresa, se ha dicho que ésta no constituye una condición. Cfr.: MOLL DE ALBA LACUVE, “La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles”, Op. Cit., págs. 433 y 434.

⁸⁹ En este sentido, se pronuncia CASTÁN TOBEÑAS. Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*,

opcional,⁹⁰ potestativo o de configuración jurídica,⁹¹ ya que, de no ser así, la resolución consistiría en un derecho que depende de la voluntad unilateral de la parte que incumple la relación jurídica. Por ello, se requiere que el contratante cumplidor, ejercite su derecho de opción, para que, eligiendo la resolución, ésta sea declarada.⁹² Para la doctrina moderna, estamos en presencia de una facultad⁹³ o derecho potestativo⁹⁴ que el

común y foral, T. Tercero, 2008, Op. Cit., págs. 147 y 151.

⁹⁰ La jurisprudencia ha reconocido el carácter de “derecho de opción”. *Vid.*: STS de 17 de junio de 1912, 10 de abril de 1929, 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 10 de enero de 1944, 7 de enero de 1948, 19 de marzo de 1949 y 4 de noviembre de 1958. *Cfr.*: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 921.

⁹¹ *Cfr.*: CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de los contratos*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010, pág. 1141.

⁹² *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 39–40. Ahora bien, en cuanto a la denominación, CLEMENTE MEORO, señala que “[...] los supuestos de ineficacia sobrevenida por voluntad de una de las partes reciben distintas denominaciones. Así, se conoce como «desistimiento» la facultad concedida al comprador de extinguir la relación contractual por pérdida parcial de la cosa (artículo 1.460 del Código Civil), por exceso de cabida en una vigésima parte (artículo 1.470 del Código Civil), y por la existencia de vicios ocultos (art. 1.486 del Código Civil). Igualmente, se denomina «rescisión» a la ineficacia sobrevenida por defecto de cabida y por menor valor en una décima parte del precio convenido (artículo 1.469 del Código Civil), por evicción parcial (artículo 1.479 del Código Civil), por gravámenes ocultos (artículo 1.483 del Código Civil, *in fine*); y el mismo término – «rescisión»– emplea el artículo 1.556 del Código Civil para referirse a la existencia del contrato de arrendamiento de fincas rústicas y urbanas por incumplimiento de las obligaciones expresadas en los dos artículos anteriores, y el artículo 1.558 del Código Civil para el caso de que la obra de reparación que tenga que llevarse a cabo en la cosa arrendada sea de tal naturaleza que haga inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación. También en el ámbito del contrato de arrendamiento de inmuebles recibe la denominación de «desahucio» la acción que determina la extinción de la relación arrendaticia por infracción de las condiciones estipuladas en el contrato (artículo 1.569–3º del Código Civil, artículos 115 a 119 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, artículo 39–3 y Disposición Adicional 5ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, y artículo 128 de la Ley de Arrendamientos Rústicos). En sede de enfiteusis tal incumplimiento determina lo que se conoce por «comiso» (artículo 1.648–2º del Código Civil). Por su parte, el artículo 1.471 del Código Civil habla de «anulación» por no poder entregar el vendedor la cabida señalada en los linderos expresados, en la venta de un inmueble por precio alzado; de «redhibición» el artículo 1.491 en las compraventas de animales; y, por último, la resolución del contrato de trabajo recibe el nombre de «despido» (artículo 1.584 del Código Civil y 54 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores)”. *Ibidem*, págs. 44–46. En este mismo sentido, *vid.* también: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 815; MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, Op. Cit., págs. 1173 y ss.; SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 130.

⁹³ Al respecto, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN la llama también facultad de resolver las obligaciones. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 811. En este mismo sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ titula el Capítulo IV de su obra *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, de la siguiente forma: “La resolución como facultad de la parte que cumple”. *Cfr.*: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 191. *Vid.* también:

Código Civil le otorga al contratante diligente,⁹⁵ pues el tenor literal del artículo 1124 omite la referencia –que si hace el *Code*– a la “condición resolutoria”.⁹⁶ En este sentido,

ACEDO PENCO, Á.: *Teoría general de las obligaciones*, 2ª Edición revisada, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2011, pág. 204; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Cuarta Edición, Ed. Comares, Granada, 2009, pág. 55; ÁVILA NAVARRO, P.: “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 625, Nov.–Dic. 1994, Madrid, 2010, págs. 2581–2620; BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8213; BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 456 y 457; BONET CORREA, J.: *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, T. IV, Libro Cuarto (Título I, Capítulos I a IV), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1990, pág. 222; SANTOS BRIZ, denomina acertadamente a esta institución, “facultad resolutoria tácita”. SANTOS BRIZ, “Comentarios”, Op. Cit., pág. 213.

⁹⁴ Cfr.: DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 815. La denominación “derecho potestativo” ha sido utilizada por la jurisprudencia, de ahí fue tomada por los autores, v. gr., la STS de 26 de diciembre de 2007, (RJ/2011/315), señala que: “[...] De otra parte, no se basa en «formalismos enervantes» o se centra en meras exigencias formales, sino que su decisión de no tener en cuenta la resolución alegada, que sigue una doctrina consolidada (sentencias de 19 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8538], 20 de junio de 1996 [RJ 1996, 5105], 20 de junio de 1998 [RJ 1998, 4903], 20 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 7229], 6 de octubre de 2000, 12 de febrero de 2002 [RJ 2002, 3110], etc.) trae causa de las pretensiones deducidas oportunamente, en las que, como antes se ha destacado, no se contenía la de resolución o la de que se tuviera por correctamente realizada o por ejercitado el **derecho potestativo** en que consiste de modo correcto, esto es dentro de los límites y de acuerdo con las exigencias de la buena fe, lo que hubiera dado lugar a un examen de la cuestión, con traslado a la contraparte y contestación, si así le hubiera convenido, pues en defecto de una concreta petición de tutela judicial se habría producido, de estimarse como implícita, después del tratamiento procesal ya consumado, la indefensión de la contraparte”. Cfr.: STS de 26 de diciembre de 2007, (RJ/2007/400). [El ennegrecido es mío]. En este mismo sentido, MONTÉS PENADÉS, también lo llama “derecho potestativo” o “facultad”. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 15. En este mismo sentido, hablan de “facultad” o “derecho”, el CODICE CIVILE (artículos 1453 y ss.) y el B.G.B. (parágrafos 320 y concordantes). Cfr.: Ídem.; BUONCRISTIANO, M.; CIRILLO, G. P.; CIFFARO, V. y ROSELLI, F. (Coords.): *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Terza edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1997, págs. 1653 y ss.; BASSENGE, P.; BRUDERMÜLLER, G.; DIEDERICHSEN, U.; EDENHOFER, W.; HEINRICH, H.; HELDRICH, A.; PUTZO, H.; SPRAU, H.; THOMAS, H. y WEIDENKAFF, W.: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, págs. 424 y ss.

⁹⁵ Para ACEDO PENCO: “Se trata de una facultad y de una acción que permiten al contratante cumplidor, al margen de toda idea de culpabilidad o de sanción, exigir al contratante incumplidor la oportuna responsabilidad y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, siempre que concurren los requisitos específicos que se han consolidado para su viabilidad”. ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 204.

⁹⁶ PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 123. Para DELL’AQUILA, “[...] el texto del art. 1.124 del Código Civil español, que evita emplear la palabra condición y habla de «facultad» sobreentendida, representa sin duda un adelanto respecto al texto francés”. DELL’AQUILA, “La resolución del contrato bilateral por incumplimiento”, Op. Cit., pág. 91. En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY, señala que: “En primer lugar se dice en ella [el derecho de opción] que la acción resolutoria es «la facultad», recogiendo de la redacción del art. 1124 esta palabra que ha sido introducida en ella, con acierto, por los redactores del CC,

se ha pronunciado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones.⁹⁷ Sin embargo, para cierta parte de la doctrina el concepto de “condición resolutoria tácita”⁹⁸ siempre ha estado presente.⁹⁹ No sólo porque el Código Civil le dedica un apartado a la misma, sino que explícitamente alude a que se encuentra implícita en las obligaciones recíprocas.¹⁰⁰ Hay que agregar que algunos autores han discutido el carácter de potestativo del derecho de opción, pues, esta facultad está sometida al cumplimiento de circunstancias objetivas, que el juez debe valorar, conforme a los hechos probados en el proceso.¹⁰¹ En este mismo sentido, se pronuncia MONTÉS PENADÉS, pues considera que el artículo 1124 del Código Civil, establece la facultad a favor de una de las partes, en los negocios jurídicos bilaterales o sinalagmáticos, para elegir entre el cumplimiento o la resolución del mismo.¹⁰² Por su parte, GONZÁLEZ GONZÁLEZ,¹⁰³ se pregunta si ¿la resolución

mejorando sensiblemente la redacción del modelo constituido por el art. 1.184 francés, que habla de condición resolutoria sobreentendida”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 55.

⁹⁷ En este sentido, MONTÉS PENADÉS señala que la jurisprudencia ha utilizado la expresión “facultad” para hacer alusión a esta institución, en varias oportunidades, cita las sentencias de 19 de noviembre de 1946, 20 de febrero de 1950, 19 de diciembre de 1956 y 23 de noviembre de 1964. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 53.

⁹⁸ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que: “A pesar de que la ubicación sistemática del art. 1124 CC ha sido sometida en general a crítica, se ha destacado su cercanía a la condición resolutoria por razón de sus efectos”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8213.

⁹⁹ Para el alemán VON TUHR, la condición es tácita, “[...] cuando es evidente que según la voluntad de la parte, o de las partes, el efecto jurídico debe depender de que se produzca un acontecimiento futuro”. VON TUHR, A.: *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. III¹, Los hechos jurídicos, el negocio jurídico (continuación), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, pág. 73.

¹⁰⁰ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., págs. 811–812.

¹⁰¹ Cfr.: MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Op. Cit., pág. 741.

¹⁰² MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, Op. Cit., pág. 1172. Al respecto, *vid.* también: ARNALDO ALCUBILLA, E.: *Enciclopedia jurídica*, Ed. La Ley, Madrid, 2008–2009, pág. 11253. En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ también la llama “facultad resolutoria tácita”. Cfr.: LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, T. Tercero, Contratos, 6ª Edición, Revisada y Actualizada, Ed. Trivium, S. A., Madrid, 2001, pág. 39. Por su parte, DE COSSIO Y CORRAL, también hace alusión a la “facultad resolutoria”. Cfr.: DE COSSIO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, T. I, Parte General. Obligaciones y contratos, Revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez. Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1987, pág. 295. *Vid.* también: SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 130.

por incumplimiento es una facultad o una sanción? Tratando de responder a esa pregunta, llega a la conclusión que se trata de una “facultad”, por cuanto la resolución alcanza importancia en el momento en que se verifica un desequilibrio entre los contratantes, y no al momento de celebrar el negocio. Para equilibrar las prestaciones recíprocas, el legislador le otorga una “facultad” al contratante diligente, es decir, un derecho o prerrogativa.¹⁰⁴ Este derecho, se traduce en una opción otorgada a la víctima del incumplimiento.¹⁰⁵ Opción que le otorga la facultad para solicitar, conforme a su arbitrio, sea el cumplimiento forzado o la resolución del vínculo obligatorio.¹⁰⁶ En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN¹⁰⁷ y ROVIRA JAEN¹⁰⁸ también hablan

¹⁰³ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 192.

¹⁰⁴ Así lo señala SANTOS BRIZ: “El contratante que cumplió su prestación puede pedir el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios (SS. 12 de junio 1986, 9 de mayo 1994, 24 de noviembre 1995). Son compatibles de forma subsidiaria las peticiones de resolución y de cumplimiento, aparte de la opción que concede el precepto (S. 15 de nov. 1993). El problema de cumplimiento o de incumplimiento es de orden fáctico (S. 12 de jun. 1986)”. SANTOS BRIZ, “Comentarios”, Op. Cit., pág. 215. El mismo autor, agrega que: “Esta facultad [de resolución] es un derecho potestativo para su titular, que como tal es renunciable con arreglo al artículo 4, pár. 2, del C. c. cuando no existe interés de orden público alguno que contradiga la voluntad de las partes. Puede por ello pedirse alternativa o subsidiariamente la resolución o el cumplimiento”. SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 131. Cfr.: DE PABLO CONTRERAS, “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., pág. 217.

¹⁰⁵ En este sentido, la STS de 2011, (RJ/2011/315), dispone que: “[...] Por tanto, partiendo de la base que el contrato de compraventa forma parte del género de las obligaciones recíprocas o también denominadas sinalagmáticas, es preciso indicar que uno de los efectos de las obligaciones recíprocas, como es el caso de autos, es la facultad de resolverlas, facultad consagrada en el art. 1124 del CC cuando dispone que «la facultad de resolver las obligaciones recíprocas se entiende implícita para el caso de que alguno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe», añadiéndose en sus párrafos siguientes el derecho de opción que el perjudicado tiene entre exigir el cumplimiento o la resolución y la facultad del tribunal, mediando causas justificadas de conceder plazo para el cumplimiento, de forma que siendo el contrato litigioso una compraventa, no cabe duda que no sólo por disposición de los arts. 1091 y 1255 del CC podía resolverse en caso de incumplimiento sino también por la específica disposición contenida en el art. 1506 del CC que tiene sus antiguos precedentes en el pacto comisorio que el Derecho romano establecía y que ha pasado a nuestro Derecho a través del Derecho francés, pacto que se entiende sobreentendido [sic] si bien precisa para su efectividad de un pronunciamiento judicial, todo ello sin perjuicio de que las partes a través del art. 1504 en relación con el art. 1505 del CC puedan convenirlo de forma expresa”. STS de 4 de julio de 2011, (RJ/2011/315). Al respecto, *vid.* también: la STS de 3 de julio de 1997, (RJ/1997/5479).

¹⁰⁶ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 193.

¹⁰⁷ En este sentido, la STS de 26 de diciembre de 2006, (RJ/2007/400), califica a la facultad resolutoria como un “derecho potestativo”. Cfr.: GARCÍA PÉREZ, R.: “Capítulo III. De las diversas especies de

de “derecho potestativo” o de “facultad de configuración jurídica”,¹⁰⁹ aunque para BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, el concepto de “derechos potestativos” o “de configuración jurídica”, no parece haber estado en el acervo de la doctrina decimonónica española.¹¹⁰

Creo que no atenta contra el carácter opcional de la facultad resolutoria tácita, el hecho de que se ha decretado por los tribunales que, aun cuando se haya solicitado la resolución del contrato, el juez tiene la facultad para condenar al cumplimiento del mismo, pues, como dispone el art. 1124 del Código Civil: “[...] el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.¹¹¹

2.2.3.– DOCTRINA DE LA INEFICACIA SOBREVENIDA.

obligaciones. Sección primera. De las obligaciones puras y de las condicionales. Artículo 1.124”, *Jurisprudencia civil comentada*, T. II, artículos 609 a 1.314, Miguel Pasquau Liaño (Direct.), Klaus Jochen Albiez Dohrmann y Ana López Frías (Coords.), Ed. Comares, S. L., Granada, 2000, pág. 1969.

¹⁰⁸ Cfr.: ROVIRA JAEN, F. J.: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1996, pág. 193.

¹⁰⁹ Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 815. Por su parte, MONTÉS PENADÉS, cita varias sentencias en este sentido, así las sentencias de 17 de febrero de 1912, 19 de junio de 1913, 10 de abril de 1929, 24 de octubre de 1941 y 19 de noviembre de 1984. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 53. Vid. también: ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., pág. 94; DE BUSTOS GÓMEZ–RICO, M.; CORBAL FERNÁNDEZ, J. E.; DE LA ESPERANZA, P.; GONZÁLEZ OLLEROS, J.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M^a: *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 17ª Edición, Colex, Madrid, 2009, págs. 797 y ss.; DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 296; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., págs. 827 y ss.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 199.

¹¹⁰ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 458.

¹¹¹ Cfr.: DE PABLO CONTRERAS, “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., pág. 217.

Conviene mencionar algunas doctrinas minoritarias en torno a la naturaleza jurídica del derecho de opción. Para ello, se analizarán someramente, las teorías de la ineficacia sobrevenida, del derecho de modificación o de formación jurídica y la teoría de la garantía, que a mi juicio es la que más se acerca a la verdad, por los argumentos que se esgrimen más adelante. Así, algún sector de la doctrina, señala que el derecho de opción constituye una “**ineficacia sobrevenida**”,¹¹² cuya causal está establecida en la ley: el incumplimiento de una obligación emergente de un contrato bilateral. Si se asume que la facultad resolutoria, constituye efectivamente una condición resolutoria, podría pensarse en validar esta teoría. Es discutible esta tesis, por cuanto la ineficacia de un acto jurídico o contrato, supone que por el solo surgimiento de un vicio, se lesiona el derecho de una persona, ello justifica la ineficacia del acto jurídico. En el caso de la resolución por incumplimiento, el perjuicio no se produce al momento de la celebración del acto, sino que como consecuencia de un hecho posterior (incumplimiento contractual).¹¹³

Asimismo, se ha pretendido ver en el derecho de opción, un instrumento para restablecer el equilibrio de las prestaciones recíprocas. En este sentido, se ha dicho que si pensamos que el derecho de opción equivale a una “ineficacia” del negocio jurídico, por causa del incumplimiento contractual, entonces la resolución tendría un efecto similar a la sanción de la inexistencia, por cuanto, una vez declarada la misma, el contrato bilateral se reputaría no haber sido celebrado, pues, la resolución, como se verá más adelante, opera desde el punto de vista temporal, con efecto retroactivo.¹¹⁴ Es decir, declarada la resolución del contrato bilateral, se considera que el contrato nunca se

¹¹² Así la califica DE LA PEZA MUÑOZ CANO. Cfr.: DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *De las obligaciones*, Op. Cit., pág. 178. Al respecto, *vid.* también: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8214–8215.

¹¹³ Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Las relaciones obligatorias, Quinta Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 1996, págs. 705–706.

¹¹⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 200 y ss.

celebró, por ello se debe proceder a la restitución de lo dado en virtud de él (si el contratante cumplidor solicita la resolución del mismo), “*resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis*”.¹¹⁵ En este sentido, la doctrina ha dicho que la acción resolutoria supone una ineficacia sobrevenida del contrato, lo que significa que desaparecen las obligaciones recíprocas que de aquél surgieron. Esta ineficacia opera con efecto retroactivo. Así también lo ha estimado la jurisprudencia.¹¹⁶

2.2.4.– DOCTRINA DEL DERECHO DE MODIFICACIÓN O DE FORMACIÓN JURÍDICA.

En Italia, MOSCO ha considerado que la resolución es un **derecho de modificación o de formación jurídica**.¹¹⁷ La modificación del estado jurídico (adquisición, modificación y pérdida de un derecho), tiene su origen en la declaración unilateral de voluntad del contratante cumplidor, situación reconocida por la ley. Al otorgarle la facultad al contratante cumplidor, para decidir modificar o extinguir una relación jurídica, le está confiriendo al mismo un derecho de potestad o de configuración. Dentro de los derechos de configuración, se distinguen tres clases o grupos: (a) derechos de constitución; (b) derechos de modificación y (c) derechos de extinción. Estos últimos, equivalen a los llamados “contraderechos” o “derechos negativos”, pues, una vez ejercidos por su titular, en la mayoría de los supuestos

¹¹⁵ En este sentido, el artículo 1303 del CÓDIGO CIVIL, a propósito de la nulidad del contrato, dispone que: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

¹¹⁶ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 167–168.

¹¹⁷ Esta tesis también ha sido aceptada en España por la STS de 29 de abril de 1998, que señala: “La resolución es el ejercicio de una facultad de modificación jurídica que no necesita de ningún pronunciamiento judicial”. Cfr.: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 988.

afectarán al derecho de otro sujeto, a través de la anulación de la relación jurídica.¹¹⁸ Así analizado, el derecho de opción se enmarca dentro de los derechos de configuración, ubicándose, particularmente, dentro de la subclase “derechos de extinción”.¹¹⁹ Este criterio ha sido recogido por nuestra jurisprudencia.¹²⁰

Con relación a los llamados derecho de extinción, la doctrina italiana plantea que los “**derechos de impugnación**”, por regla general, son transmisibles, pasando a otro titular una vez transferida la relación jurídica de que se trate, y además, renunciables, lo que supone, entre otras cosas, que están llamados a extinguirse por la prescripción liberatoria.¹²¹ Además, conviene señalar que el derecho de resolución por incumplimiento contractual o por excesiva onerosidad sobrevenida,¹²² a diferencia de otros derechos de impugnación (anulabilidad, nulidad, etc.), en que el vicio que los justifica es inherente al negocio mismo, en la resolución, el hecho del que depende, es extraño a la fuente de la obligación, pues el incumplimiento constituye un hecho sobrevenido.¹²³ Lo anterior supone que, entre el derecho de resolución y los demás derechos de impugnación, existen dos importantes consecuencias: (i) El derecho de

¹¹⁸ En este sentido, *vid.*: MOSCO, L.: *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo, Nereo, Barcelona, 1962, Capítulo I, págs. 1–2.

¹¹⁹ *Cfr.*: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 56.

¹²⁰ *Cfr.*: STS de 26 de diciembre de 2007, (RJ/2007/400). *Vid. supra*, nota nº 91, pág. 50.

¹²¹ *Cfr.*: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 3.

¹²² En este sentido, la doctrina española, ha hablado de “lesión sobrevenida”. Así, para TERRAZA MARTORELL, este concepto equivale a una cuestión propia del Derecho natural, cuya solución ha de encontrarse en el campo de los principios jurídicos y morales, los que señalan normas de justicia contractual. La ruptura de la proporcionalidad entre las prestaciones bilaterales, suponen el remedio de la lesión, que puede existir al inicio (en el momento de la celebración del contrato), o tratarse de una lesión sobrevenida. *Cfr.*: TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1951, pág. 145.

¹²³ *Cfr.*: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 3.

resolución se origina con posterioridad al nacimiento del negocio; en cambio, los derechos de anulación y rescisión nacen en forma coetánea con la fuente de la obligación afectada por un vicio o defecto. (ii) La anulación o rescisión de un negocio, una vez declarada, invalida el negocio, de tal suerte que el mismo no puede producir efectos jurídicos, si estamos frente a un contrato de ejecución diferida o un contrato de tracto sucesivo, o elimina las consecuencias ya verificadas, si se trata de un acto jurídico de ejecución instantánea; en cambio, el derecho de resolución, que puede operar, (en Italia) por declaración unilateral de voluntad del acreedor (el juez declara la resolución del contrato si estima que se reúnen las condiciones necesarias de la acción resolutoria), o tratarse de una resolución de derecho (manifestación de voluntad de desconfianza, cuando opera una cláusula resolutoria expresa o cuando nada se dice en cuanto al plazo esencial), en la que la relación jurídica se extingue de pleno derecho.¹²⁴

Con todo, nuestra doctrina se apura en indicar que el derecho de resolución en las obligaciones sinalagmáticas, se distingue claramente de los derechos de extinción, como sería, *v. gr.*, la rescisión. Porque el presupuesto del cual depende la rescisión es inherente al negocio jurídico; en cambio, el requisito del cual depende la resolución constituye un hecho sobrevenido, independiente a la existencia y validez del negocio bilateral.¹²⁵ Aun cuando, para la jurisprudencia, se ha pretendido ver en la resolución a un “derecho de impugnación”.¹²⁶ En efecto, si decimos que se requiere de una

¹²⁴ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., págs. 3 y 4.

¹²⁵ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 58.

¹²⁶ En Italia, MOSCO señala que: “El derecho de resolución de los contratos, que la doctrina italiana encuadra en los derechos que denomina de «impugnación» (llamados «de agresión» por la germánica) se recoge en el Código Civil italiano en su artículo 1.453, que dice «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio, en todo caso, del resarcimiento del daño. La resolución podrá ser demandada también, aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento, pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiese demandado la resolución. desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir la obligación»”. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por*

declaración de voluntad por parte del contratante cumplidor, para que la resolución llegue a producirse, entonces se podría concluir que ella equivale a un derecho de impugnación del negocio bilateral.¹²⁷

2.2.5.– DOCTRINA DE LA GARANTÍA.

Por último, creo que más que una opción, la facultad resolutoria, presenta una “**función de garantía**” otorgada al contratante cumplidor, que se traduce en un derecho opcional. Ello le permite ejercer esta función sin tener que abdicar a su verdadera naturaleza jurídica.¹²⁸ Pero es, ante todo, una garantía para el contratante diligente, quien, en premio a su buena fe (ha cumplido con su obligación o está dispuesto a hacerlo), debe tener un medio a través del cual se caucione o asegure su derecho de crédito. En el lapso que media entre la celebración del contrato y la fecha de su ejecución, la cosa objeto del contrato puede experimentar un aumento o disminución en su valor económico, o bien, dejar de ser útil para el acreedor. Éste podrá, conforme a lo que su interés le dicte, pedir la resolución del contrato (cuando no le interese recibir la prestación del deudor) o la ejecución forzada de la obligación (en caso que desee recibir la prestación).

incumplimiento, Capítulo I, Op. Cit., pág. 4.

¹²⁷ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 56 y 57.

¹²⁸ En este sentido, para MIQUEL es fundamental distinguir entre la “función de garantía” y el “medio jurídico” para obtenerla. Cfr.: MIQUEL, J. M^a.: “Condición, obligación y garantía”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. VI, Francisco de P. Blasco Gascó; Mario E. Clemente Meoro; Francisco Javier Orduña Moreno; Lorenzo Prats Albentosa y Rafael Verdera Server (Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 1645–1646.

Pienso, por tanto, que la verdadera naturaleza jurídica de la opción, es la de ser una garantía para el contratante cumplidor.¹²⁹ Si entendemos por garantía cualquier medio a través del cual el acreedor se pone a cubierto de la posible insolvencia del deudor, entonces la institución en comento puede, en mi opinión, subsumirse dentro del concepto de garantía.¹³⁰ En este sentido, se ha planteado que la palabra “garantía”,¹³¹ presenta etimología germana,¹³² y proviene del antiguo alemán “*waren*” o “*waeren*”, de donde proviene el verbo “*warentare*”, que significa “defender”.¹³³ Con relación al

¹²⁹ Así, la STS de 27 de mayo de 2009, decreta lo siguiente: “[...] En ambos casos, se reclamaba el pago de los intereses y las costas. Dicha reclamación tenía su fundamento en un contrato instrumentado en escritura pública, de fecha 31 de octubre de 1997, en el que la actora, conjuntamente con la «Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez», concedía un préstamo a la mercantil «Sevilla Fútbol Club, S.A.», garantizado con la prenda de 36.138 acciones de la sociedad «Estadio Olímpico de Sevilla, S.A.» tituladas por la entidad prestataria. En el mismo acto, las demandadas se comprometían a adquirir las acciones pignoradas en el documento para el caso de que la prestamista tuviese que ejecutar la garantía por impago de la deuda, al consignar en el contrato que dichas Administraciones Públicas estaban interesadas en la viabilidad futura del objeto social de la mercantil «Estadio Olímpico de Sevilla, S.A.» [...]”. Cfr.: STS de 27 de mayo de 2009, (RJ/2009/3189).

¹³⁰ En ese mismo sentido, se ha dicho que la acción directa [que al igual que el derecho de opción, es un efecto de la obligación, mirado desde el ángulo del acreedor] constituye un mecanismo de garantía. Al respecto se pronuncia, HERNÁNDEZ ARRANZ, para quien: “La verdadera naturaleza de la acción directa como mecanismo de garantía del crédito, del que dispone el legislador y que utiliza según se considere adecuado se comprueba mediante la comparación entre los distintos ordenamientos jurídicos”. HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: *La acción directa como instrumento de garantía*, Prólogo de Antonio Reverte Navarro, Publicaciones del Real Colegio de España, Cometa, S. A., Zaragoza, 2004, pág. 133.

¹³¹ En este sentido, RIBÓ DURÁN, define a la palabra garantía en los siguientes términos: “Mecanismo jurídico que refuerza las posibilidades de que el acreedor cobre lo que le deben. Aunque la obligación del deudor está respaldada por todo el patrimonio de éste, presente o futuro, puede no ser suficiente para satisfacer el derecho del acreedor. Esta insuficiencia es suplida o remediada con la garantía del derecho de crédito o caución. Hay garantías que tienden a estimular a cumplir con su obligación, como las consistentes en pagar una multa o cobrar un premio; las hay que consisten en actos de conservación o recuperación del patrimonio del deudor, como las disposiciones que limitan la disponibilidad de dicho patrimonio; las hay que consisten en comprometer una parte determinada del patrimonio del deudor, vinculándola al cumplimiento de la obligación concretamente garantizada; las hay que consisten en aumentar el patrimonio genéricamente vinculado a responder de la obligación, que es el del dador, sea añadiendo uno o más nuevos deudores que afianzan la obligación, sea vinculando algún bien concreto al bien fin de la deuda; finalmente, hay garantías que consisten en simplificar o facilitar la tramitación de la reclamación judicial que se entablaría para hacer efectivo el derecho de crédito”. RIBÓ DURÁN, L.: *Diccionario de Derecho*, Cuarta Edición, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2012, pág. 540.

¹³² En este mismo sentido, la voz “garante”, al parece proviene del francés “*garant*”, el que a su vez tiene origen germánico, probablemente del fránico “*werend*”; “*währen*” que significa otorgar, “*gewähr*”, garantía. Cfr.: COROMINAS, J. y PASCUAL, J. A.: *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. III, Ed. Gredos, Madrid, 1984, págs. 81 y 82.

¹³³ Cfr.: INFANTE RUIZ, F. J.: *Las garantías personales y su causa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004,

concepto de “garantía”, se ha señalado que equivale a una palabra cuya definición es amplia y, por tanto permite englobar en ella, a diversas situaciones, muy distantes entre sí.¹³⁴

Ahora bien, INFANTE RUIZ señala que “garantía”, en sentido amplio, equivale a “[...] cualquier medio destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación o el disfrute de un derecho”,¹³⁵ dentro del cual se podría, perfectamente, enmarcar al derecho de opción.¹³⁶ Este concepto es compartido por ALBALADEJO GARCÍA,¹³⁷ CASTÁN TOBEÑAS¹³⁸ y DE RUGGIERO.¹³⁹

La doctrina plantea que, las garantías o seguridades,¹⁴⁰ tienen la finalidad de proteger o prevenir al acreedor en contra de la posible insolvencia del deudor.¹⁴¹ Puede

pág. 40.

¹³⁴ *Ibidem*, pág. 41.

¹³⁵ INFANTE RUIZ, F. J.: *Las garantías personales y su causa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 41. Agrega INFANTE RUIZ lo siguiente: “En el primer sentido se hace referencia a todos los medios coactivos con los que el ordenamiento mismo tutela el derecho de crédito (garantía primaria o genérica), y también a los instrumentos que pueden dar a determinados acreedores una mayor seguridad de ser satisfechos (garantía secundaria o específica)”. *Ídem*. El mismo autor, la califica, en sentido técnico, de “remedio”. *Ibidem*, pág. 44.

¹³⁶ Por su parte, y, respecto del concepto de garantía, expresa el autor italiano ROTONDI lo siguiente: “Por garantía se entiende un medio de reforzar la tutela del creador en el supuesto de incumplimiento de la obligación. la obligación de garantía, pues, presupone una obligación; tiende a asegurar el cumplimiento de ésta realizando en provecho del acreedor la utilidad económica que intentaba obtener mediante la prestación efectiva”. ROTONDI, M.: *Instituciones de Derecho privado*, Prólogo, Traducc. y concordancias por Francisco F. Villavicencio, Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1953, pág. 293.

¹³⁷ En este sentido, para ALBALADEJO GARCÍA, garantía del derecho del acreedor “[...] es todo lo que asegura su satisfacción, y como quiera que el deudor responde con su patrimonio del cumplimiento de la obligación (C.c., art. 1.911), es este patrimonio la garantía básica para aquél”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 213. En este sentido, *vid.* también: CASTÁN TOBEÑAS, “*Derecho civil español, común y foral*”, T. Tercero, 2008, Op. Cit., págs. 293–344.

¹³⁸ En este punto, CASTÁN TOBEÑAS señala que: “Con el nombre de garantías o cauciones se designan todos aquellos medios, muy variados, que sirven para asegurar la efectividad de los créditos”. *Ibidem*, pág. 307.

¹³⁹ En este sentido, DE RUGGIERO señala que: “El concepto general de garantía comprende en sí todo medio con el cual se asegura al acreedor la exacta ejecución de la prestación”. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, vol. primero, Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho sucesorio, Op. Cit., pág. 149.

¹⁴⁰ Asimismo, DE RUGGIERO señala que: “Los medios con que el derecho del acreedor se asegura y realiza

ocurrir que, exista un peligro que suponga que, en definitiva, los bienes del deudor, sean insuficientes para cubrir la totalidad del crédito, en caso de que el deudor no cumple espontáneamente su deber. Los peligros que pueden afectar al derecho de crédito, son: (i) el deudor deja perecer los bienes; (ii) puede extraer de forma fraudulenta bienes de su patrimonio, a través de la simulación; o, (iii) contraer nuevas obligaciones.¹⁴² Es decir, el derecho de garantía general del acreedor, podría verse afectado en varias hipótesis. Frente a esto, el acreedor puede deducir las acciones que le concede la ley, a fin de evitar o minimizar la pérdida que lo puede afectar.¹⁴³

Asimismo, se ha dicho que, con el fin de estimular el cumplimiento de la obligación, el Derecho dispone de una serie de medios especiales (las garantías), cuya finalidad precisa es tutelar y garantizar el derecho de crédito. Estos medios son múltiples,¹⁴⁴ conforme a las diversas clases de obligaciones existentes.¹⁴⁵ En este sentido, existen medios de garantía comunes a cualquier tipo de obligación y otros, en cambio, aplicables solamente a ciertas especies de obligaciones.¹⁴⁶ Desde este punto de

son tantos y tan variados cuantas son las especies y formas de las obligaciones”. *Ibidem*, pág. 147.

¹⁴¹ Cfr.: JOSSEAND, L.: *Derecho civil*, Revisado y completado por André Brun, T. II, vol. I, Teoría general de las obligaciones, Traducc. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía.-Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 393.

¹⁴² Cfr.: JOSSEAND, *Derecho civil*, Op. Cit., pág. 393. En este mismo sentido, PLANIOL y RIPERT agrupan los peligros a que puede estar sujeto el crédito, en las siguientes hipótesis: (i) por la negligencia del deudor; (ii) por fraude; (iii) por enajenaciones fraudulentas y (iv) contrayendo nuevas obligaciones. Cfr.: PLANIOL y RIPERT, *Derecho civil*, Op. Cit., págs. 1106–1107.

¹⁴³ Cfr.: *Ibidem*, pág. 646.

¹⁴⁴ Al respecto, *vid.*: AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Estudios jurídicos*, T. II, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 56 y ss.

¹⁴⁵ En este sentido, GUILARTE ZAPATERO señala que: “Bajo una óptica funcional de garantía, se agrupan medios de naturaleza y estructura muy diversos. En una acepción amplia entender como garantía cualquier medio para asegurar el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho, recogándose así una serie de instituciones, derechos, facultades y poderes muy heterogéneos en los que, de alguna manera, la idea de tutela y seguridad está presente”. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Artículo 1.822”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, Manuel Albaladejo García (Direct.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 5.

¹⁴⁶ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 306.

vista, CASTÁN TOBEÑAS define a las garantías, cauciones o fianzas¹⁴⁷ como “[...] todos aquellos medios, muy variados,¹⁴⁸ que sirven para asegurar la efectividad de los créditos”.¹⁴⁹ En estas últimas se ubicaría el derecho de opción, únicamente aplicable a las obligaciones emergentes de un contrato sinalagmático.¹⁵⁰

Parafraseando a BRUGI,¹⁵¹ podríamos indicar que el derecho de opción es una garantía concedida por el legislador,¹⁵² con el preciso fin u objetivo de que los contratos sean cumplidos.¹⁵³

¹⁴⁷ En este sentido, la STS de 26 de mayo de 1950, (RJ/1950/744), señala que: “Si bien en sentido amplio se denomina fianza a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación, en sentido técnico y estricto es fianza la garantía personal que se constituye comprometiéndose un tercero a cumplir la obligación, caso de no hacerlo el deudor principal”. Cfr.: CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008, pág. 1753. En igual sentido, la STS de 15 de abril de 1991, (RJ/1991/2693). Cfr.: *Ídem*. Al respecto, *vid.* también: CARRASCO PEREDA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2002, págs. 73–74; O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1859.

¹⁴⁸ El subrayado es mío.

¹⁴⁹ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 306. En sentido técnico, señala INFANTE RUIZ, la garantía equivale a “[...] todo remedio que da al acreedor la seguridad (relativa) de alcanzar el resultado, deducido en obligación y al cual él está interesado, o al menos, su equivalente económico [...]”. INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, Op. Cit., pág. 44.

¹⁵⁰ Es interesante señalar que, según la moderna doctrina, el pacto de reserva de dominio, constituye también una garantía, pues mediante él, “[...] el acreedor queda adecuadamente protegido frente a los terceros acreedores del deudor y frente a los terceros subadquirentes del bien”. CARRASCO PEREDA; CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Op. Cit., pág. 1012.

¹⁵¹ En este sentido, BRUGI expresa que: “Como muy bien dijeron los romanos, vemos aquí los efectos de la obligación, que es un ente jurídico con caracteres propios (obligationes *proprias viribus consistunt*). Siempre lleva en sí misma ciertas garantías naturales, que aumentan si es de naturaleza mercantil [...]”. BRUGI, B.: *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, Traducc. de la Cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull, Unión Tipográfica Ed. Hispano-Americana, México, 1946, pág. 370.

¹⁵² BRUGI a esta clase de protección la llama caución. Cfr.: *Ídem*. Este autor señala que: “[...] pero algunas obligaciones, [...] las tiene el legislador como dignas de protección, por lo que, ya en virtud de la ley o directamente o por orden judicial, gozan de garantías especiales llamadas cauciones, de acuerdo con el léxico romano (*cautio*, idónea *cautio*)”. *Ibidem*, pág. 370.

¹⁵³ Ahora bien, dentro de la más importante clasificación de las garantías, que distingue garantías “personales” y “reales”, conforme a si se garantiza el crédito con todo los bienes del patrimonio del deudor o de un tercero, o bien, se sujeta la caución a un bien específico o determinado, el derecho de opción, creo, se enmarca dentro de las primeras. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, señala que

Por otra parte, se debe indicar que el acreedor cuenta con una serie de remedios, como la acción pauliana y la acción indirecta, que actúan *a posteriori*, de forma represiva, y una vez que el perjuicio ha afectado a los intereses del acreedor.¹⁵⁴

Desde este punto de vista, plantéo que, el derecho de opción se erige como un medio preventivo de defensa de los intereses del contratante cumplidor y, por tanto, constituye una garantía del derecho de crédito del acreedor.¹⁵⁵ Desde el punto de vista de la fuente, el derecho de opción constituye una garantía legal.¹⁵⁶ La doctrina francesa, ha definido a los contratos de garantía como “[...] los que están destinados a proteger a los acreedores contra la insolvencia de sus deudores”.¹⁵⁷ Con todo, y tomando la

los derechos reales de garantía suponen “[...] un especial poder sobre una cosa protegido frente a todos: una de las características de estos derechos es que sujetan la cosa dada en garantía frente a cualquier tercero (adquirente o acreedor). Algunos autores niegan entidad autónoma a los llamados derechos de garantía. En estos casos habría un único derecho subjetivo, el de crédito, el cual tendría modalizado el elemento de la responsabilidad o *Haftung*. Creemos, sin embargo, que la conexión con el derecho de crédito y la inseparabilidad respecto del mismo son compatibles con la consideración del derecho real de garantía como derecho subjetivo distinto: tiene objeto, contenido y protección (inscripción, posesión, acciones) diferentes y se constituye y se extingue (por ejemplo, prescribe) con independencia del crédito del que sea ajeno inseparable”. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Tercera Edición, T. II, Derechos reales de garantía. Registro de Propiedad, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 46.

¹⁵⁴ En Italia, CIPRIANI señala que: “*Il patto commissorio e il patto marciano sono convenzioni accessorie delle garanzie reali che comportano, in caso di inadempimento dell’obbligazione garantita, il trasferimento definitivo al creditore del bene conferito in garanzia*”. CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, S. P. A., Napoli, 2000, pág. 11.

¹⁵⁵ En este sentido, JOSSERAND señala que: “Por estas diversas razones, obrará prudentemente el acreedor asegurándose garantías: los medios preventivos, aun imperfectos, son preferibles a las sanciones, más o menos tardías, aun cuando rigurosas; más vale prevenir que castigar, sólo en el caso de que tenga una seguridad el acreedor concederá confianza, dará crédito al deudor: a este efecto, una legislación bien ordenada debe suministrar a todos la posibilidad de utilizar, como instrumento de crédito, todos los bienes, todos los valores pecuniarios o morales, de que dispone [...]”. JOSSERAND, *Derecho civil*, T. II, vol. II, Op. Cit., pág. 394.

¹⁵⁶ Para el italiano BRUGI, las garantías legales son aquellas que “[...] derivan de la ley o, mejor dicho, de la ordenación jurídica misma”. BRUGI, *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, Op. Cit., pág. 369.

¹⁵⁷ PLANIOL y RIPERT, “Derecho civil”, Op. Cit., pág. 1106. En este sentido, y a propósito de la anticresis, la STS de 10 de mayo de 1990, decreta que: “[...] la anticresis es un derecho de garantía, de carácter accesorio respecto a la obligación principal garantizada, y a que la existencia de la deuda reconocida y su correlativa exigibilidad viene a constituir la relación obligatoria causal y principal [...]”. Cfr.: MORENO

discusión suscitada en la doctrina (la que será analizada en detalle más adelante), a propósito de la naturaleza jurídica del derecho de opción, se dijo que podría constituir una sanción para el contratante incumplidor.¹⁵⁸ Lo anterior, mirado el asunto desde la perspectiva del contratante incumplidor, pues, el incumplimiento equivale a una infracción de la obligación que debe ser sancionada por el Derecho, toda vez que se funda en una actuación imputable a él (por culpa o dolo).¹⁵⁹ Frente a lo anterior, postulo una naturaleza jurídica doble para el derecho de opción: al igual que la obligación, que mirada desde el ángulo del acreedor constituye un derecho personal o crédito; y analizada desde la perspectiva del deudor equivale a una obligación. En el caso del derecho de opción, para el contratante cumplidor indudablemente constituye una garantía, mas, para la parte incumplidora, podría equivaler a una sanción impuesta por la ley. Este dualismo se manifiesta en distintas esferas, aunque corresponde al mismo fenómeno. Al igual que la pareja obligación–derecho personal, la dualidad facultad resolutoria–sanción para el contratante incumplidor, es como las “dos caras de una misma moneda”. El problema que se podría plantear, al asumir que el derecho de opción constituye una garantía, es que, como tal, tendría un carácter abstracto, sin requerir de una causa que la justifique. Este inconveniente, creo, se supera fácilmente, porque la doctrina ha planteado que las garantías presentan una causa *cavendi* o *intercedendi*, reconocida en el artículo 1274 del Código Civil, esto supone que, las garantías tienen una causa “[...] consistente en reforzar la esperanza de cumplimiento de la obligación”.¹⁶⁰

GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 2037.

¹⁵⁸ En este sentido, la doctrina ha dicho que: “Sin embargo, en la doctrina ha existido discusión sobre si la resolución era una sanción que se imponía a la parte incumplidora, partiendo de la base de la consideración subjetiva del incumplimiento del deudor”. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 194.

¹⁵⁹ Hago presente que, la imputabilidad del deudor (exigencia de culpa o dolo) como presupuesto del derecho de opción, será analizado más adelante en este trabajo. *Vid.* más adelante, págs. 253 y ss.

¹⁶⁰ ESTRADA ALONSO, E.: *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2000, pág. 64.

Por último, se debe indicar que la doctrina más reciente, califica al derecho de opción como “**remedio legal**”, cuya finalidad es cautelar los derechos del acreedor.¹⁶¹

2.3.– FUNDAMENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.

Mucho se ha discutido en doctrina, acerca del fundamento de esta institución, ello ha dado lugar al surgimiento de varias teorías que pretenden explicar el fundamento del derecho de opción del acreedor.¹⁶² En este sentido, cabe hacer referencia a una antigua Resolución de la Dirección General de Registros de 12 de julio de 1909, la que tipificaba a la acción resolutoria, como una acción especial, cuyos complejos resultados deberían ser establecidos por los tribunales de justicia.¹⁶³ Estimo que lo anterior se debe a que en el origen de la institución, intervinieron diversos autores, (desde el Derecho romano hasta la dictación del Código Civil),¹⁶⁴ por ello, existen variadas teorías que intentan justificar la inclusión de la facultad resolutoria en los contratos bilaterales. De estas teorías, analizaré, a continuación, las que estimo más relevantes.

¹⁶¹ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 1124”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Direct.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 8213–8214.

¹⁶² Vid.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 21 y ss.

¹⁶³ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 62–63.

¹⁶⁴ En este sentido, expresa ÁLVAREZ VIGARAY lo siguiente: “[...] Y es que, si se repasan los antecedentes históricos de la teoría de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento, se advierte fácilmente que, habiendo nacido de la fusión de ideas muy diferentes, se presta a diversas justificaciones y explicaciones, por lo que su fundamento es, aún en la actualidad, muy discutido”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 70–71.

2.3.1.– TEORÍA DE LA CAUSA.¹⁶⁵

Para esta doctrina, el fundamento del derecho de opción del acreedor descansa en la noción de causa,¹⁶⁶ entendida ésta como la función económico–social¹⁶⁷ que justifica la celebración y mantenimiento del negocio jurídico (teoría neocausalista).¹⁶⁸

¹⁶⁵¹⁶⁵ Al respecto, *vid.*: AZÚA REYESA, S.: *Teoría general de las obligaciones*, Prólogo de Ignacio Galindo Garfias, Ed. Porrúa, S. A., México, D. F., 1993, págs. 102 y ss. En Italia, ya lo decía ROTONDI: “[...] Es de advertir que cuanto hemos dicho a propósito de la causa en los negocios jurídicos bilaterales, interesa realmente en cuanto a los contratos. Causa es intención o representación común de los contratantes en el contrato, y, por tanto, la finalidad ilícita que uno de los contratantes intente conseguir, no vicia la verdadera causa del contrato (que, por tanto, permanece válido) cuando sea desconocida por el otro”. ROTONDI, *Instituciones de Derecho privado*, Op. Cit., pág. 343. En este sentido, el italiano BIANCA, señala que: “La proclamación del contrato como fuente unitaria de los efectos reales y obligatorios, contenida en el mismo Código Civil francés, proporcionó los elementos para una idea unitaria de la causa. Esta idea encontró una recepción explícita en el código italiano, que vio en la causa un requisito del contrato, evitando cualquier referencia a la causa de la obligación”. BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., pág. 476. En este sentido, DE ELERA–SAN MIGUEL HURTADO y HERNÁNDEZ RUIZ señalan que: “La quiebra del sistema formalista romano tuvo como primera consecuencia la potenciación del concepto de causa, que ya se convertirá en un elemento positivo esencial para la misma existencia del contrato, que sólo podrá desplegar sus efectos obligatorios cuando los contratantes hayan respetado los límites morales y legales en la conformación de sus promesas y prestaciones”. DE ELERA–SAN MIGUEL HURTADO, E. y HERNÁNDEZ RUIZ, M. C.: “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Antoni Vaquer (Editor), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 620.

¹⁶⁶ En este sentido, el argentino RINESSI señala que: “El fundamento del instituto [derecho de opción] es la inexistencia de causa”. RINESSI, A. J.: *Contratos*, T. I, Parte General. Atipicidad – consentimiento – capacidad contractual – causa – prueba – efectos – evicción – interpretación – responsabilidad civil. Anexo jurisprudencial, Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 1999, pág. 371.

¹⁶⁷ La jurisprudencia ha acogido este concepto de causa. *Cfr.*: STS de 17 de julio de 2008, (RJ/2008/5666). En este sentido, JORDANO BAREA señala que: “Todo negocio jurídico realiza o cumple una función económico–social o práctica: tal es su causa, según Scialoja y Betti, entre otros muchos. Concepción acogida en el Cc. italiano de 1942, según resulta de la *Relazione* que precedió a la presentación del *Codice* antes de su sanción regia”. JORDANO BAREA, J. B.: “La causa en el sistema del Código civil español”, *Estudios en Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (Coord.), vol. Primero, Cometa, S. A., Zaragoza, 1993, pág. 459. En este sentido, BIANCA entiende por causa “[...] el interés que la operación contractual se dirige a satisfacer”. BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., pág. 469.

¹⁶⁸ Al respecto, *vid.*: RIVERA RESTREPO, J. M.: *La causa en el Derecho chileno*, Ed. Legal Publishing,

Así lo ha entendido, v. gr., la Corte de Casación francesa, al considerar “[...] *l’utilité et l’intérêt économique que le contrat peut présenter pour les parties ou l’une d’elles*”,¹⁶⁹ aun cuando cierta sentencia habla del “[...] *contrôle de l’économie du contrat*”.¹⁷⁰ En Italia, BIANCA ha definido a la causa como “[...] el interés que la operación contractual se dirige a satisfacer”.¹⁷¹

La causa, constituye un requisito que se exige no sólo en la etapa de celebración del contrato, sino que debe perdurar a lo largo de la relación contractual.¹⁷² Se ha planteado que la noción de causa tiene un doble concepto: causa genética y causa funcional.¹⁷³ Ahora bien, se atiende al concepto objetivo de causa, entendida ésta como la voluntad final del negocio jurídico, objetivamente perseguida por los contratantes, es decir, la noción de causa equivale a fin de carácter práctico y económico-jurídico perseguido por las partes, el que difiere de los móviles concretos que tuvieron éstos para celebrar el contrato. La causa, entendida de este modo, se identifica con el verdadero

Santiago de Chile, 2012, págs. 60 y ss.

¹⁶⁹ Cfr.: CANIN, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 55.

¹⁷⁰ Cfr.: CANIN, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 55.

¹⁷¹ BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., pág. 469.

¹⁷² Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, Op. Cit., pág. 1184. Este autor señala que: “La «causa» que sustentaría la resolución como una sobrevenida desaparición o frustración de la causa es la que se ha de exigir no en el momento de la celebración del contrato, sino en el momento de su ejecución. Sería el «sinalagma funcional» y no el «sinalagma genético». *Ídem*. En este mismo sentido, O’CALLAGHAN señala que: “[...] «las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato, que en nuestro ordenamiento son objeto de la regulación contractual (artículos 1124, 1295 y 1303 del Código Civil), guardan relación con la *condictio indebiti* o, incluso, con la *condictio causa data non secuta*. En concreto, la liquidación de una relación de obligación sinalagmática, resuelta por el incumplimiento de una de las partes, está presidida por la idea de que, sobrevenidamente, carecen de causa legitimadora los desplazamientos patrimoniales efectuados en ejecución de la reglamentación negocial antes vigente». (12 mayo 2005, rec. 4329/1998)”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1122. Vid. también: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 53–56.

¹⁷³ En este sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, identifica dos clases de bilateralidad: la genética y la funcional. Cfr.: FERNÁNDEZ URZAINQUI, “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, Op. Cit., pág. 173.

fundamento del negocio jurídico.¹⁷⁴

En términos simples, para esta tesis, si uno de los contratantes no cumple con su obligación, no hay causa, conforme a lo establecido en el artículo 1274 del Código Civil.¹⁷⁵ Es decir, si en la etapa de ejecución de la obligación, resulta frustrado el fin causal de uno de los contratantes, entonces, la obligación correlativa quedaría sin causa y, por tanto, se podría pedir la resolución de la misma.¹⁷⁶ CASTILLO BAREA, a propósito del Derecho urbanístico, analiza la situación que se presenta cuando se cambian los planes de ordenación urbana, existentes al tiempo de celebrar un contrato, por disposiciones administrativas. Ello supone que, la causa del contrato ha desaparecido¹⁷⁷ y, por tanto, las obligaciones que surgieron de él, deberán ser declaradas resueltas.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Cfr.: BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 185–186.

¹⁷⁵ Cfr.: RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 128.

¹⁷⁶ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 53.

¹⁷⁷ En este sentido, TERRAZA MARTORELL señala que: “Ahora bien, entre el territorio de los pactos expresos o tácitos, de las condiciones añadidas al contrato, y el territorio de los motivos internos, hay según Cogliolo una zona intermedia, que está constituida por aquellos hechos objetivos y externos que fueron el *substratus*, el presupuesto necesario, el fundamento sobre el cual se elevó y formó la voluntad y el consentimiento de los contrayentes; por ejemplo: Las comunas concedieron a una Sociedad el monopolio de la luz de gas cuando esta luz era la mejor conocida, y no se imaginaba que pudiese encontrarse la eléctrica. Aquel Monopolio concedido por 30 ó 40 años partía del presupuesto de que la luz de gas fuese la única posible, las partes formaron su consentimiento sobre tal hecho. Muda radicalmente el hecho y cesa la base del consentimiento, el presupuesto contractual, y por eso cae y se rescinde aquel contrato, ya que la permanencia y subsistencia de un contrato presupone la permanencia y subsistencia de sus requisitos esenciales, y por ende como uno de ellos, la permanencia y subsistencia de la causa”. TERRAZA MARTORELL, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Op. Cit., pág. 23. Al respecto, vid. también: DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, vol. primero, Op. Cit., págs. 303 y ss.

¹⁷⁸ En esta materia, CASTILLO BAREA señala que: “Sucede con cierta frecuencia que los planes de ordenación urbana resultan alterados –unas veces por los mismos ayuntamientos, otras veces por razones imputables a otras administraciones– y que esa alteración afecta a numerosos contratos que se habían celebrado sobre la base del planeamiento que después fue modificado. [...] Los hechos descritos son calificados en ocasiones como desaparición sobrevenida de la causa del contrato, lo que provoca su

En consecuencia, esta teoría plantea que la facultad resolutoria tácita se explica conforme a la concepción tradicional de la causa *finalis*.¹⁷⁹ Ésta constituye –según la doctrina– la explicación clásica que se presenta a la hora de explicar el fundamento de la facultad resolutoria, respondiendo a una posición doctrinal en torno al requisito de la causa en los actos jurídicos (doctrina de la causa final).¹⁸⁰

Se recuerda que, según esta concepción clásica, en todo contrato bilateral, la causa de la obligación de una de las partes, se encuentra en la obligación de la contraparte y viceversa,¹⁸¹ v. gr., en el contrato de compraventa la obligación del comprador de pagar el precio en dinero, tiene por causa de obligación del vendedor de entregar la cosa, y viceversa.¹⁸² En efecto, para la doctrina, la teoría de la causa

resolución y, en consecuencia, la recíproca restitución de las prestaciones ya ejecutadas con base en el mismo”. CASTILLA BAREA, M.: “La desaparición sobrevenida de la causa y la imposibilidad sobrevenida fortuita en la compraventa a consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico”, *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Prólogo de Mariano Alonso Pérez, vol. II, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008, pág. 1433.

¹⁷⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala que: “La reciprocidad es la esencia del contrato y la causa de la obligación, por lo que si una de las partes no cumple su obligación ésta deviene automáticamente sin causa”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 21.

¹⁸⁰ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, Op. Cit., pág. 1183.

¹⁸¹ En este sentido, SANTOS BRIZ señala que: “Por tanto, en el contrato sinalagmático cada prestación está en función de la otra y es su causa estando mutuamente condicionadas. Es lo que la técnica jurídica germánica denomina efecto «Zug um Zug»”. SANTOS BRIZ, “Comentarios”, Op. Cit., pág. 211. En este mismo sentido, postula este autor que: “Por tanto, en el contrato sinalagmático cada prestación es causa de la otra, estando mutuamente condicionadas”. SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 127.

¹⁸² A este respecto, MONTÉS PENADÉS señala que: “[...] Por tanto, desde el momento en que esta prestación no se efectúa voluntariamente, hay que estimar que falta el objeto que en ella se contempla, aun cuando haya esperanza de obtenerla en el futuro. Pero su obtención puede ser a veces improbable (v. gr., deudor insolvente) y otras veces puede exigir grandes costas y sacrificios y tiempo. En tales casos se puede pedir la resolución, porque la obligación ha quedado sin causa. La misma idea puede obtenerse desde la perspectiva objetivista de la causa, como función económico-social, o como equilibrio económico o, incluso, como relación entre voluntad contractual y situación sobre la que opera el contrato”. MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, Op. Cit., pág. 1183. *Vid.* también: DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Introducción de Juan Vallet de Goytisolo, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1985, págs. 163 y ss.; LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los contratos. Parte General*, 4ª Edición revisada y ampliada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, págs. 561 y ss.; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y*

recíproca en los contratos sinalagmáticos, que tiene su origen, al igual que el derecho de opción, en la obra de los canonistas,¹⁸³ y que también fue acogida por los autores previos a la dictación del *Code*.¹⁸⁴

Como se dijo, conforme a la doctrina clásica de la causa, ésta es siempre la misma atendiendo al tipo o clase de contrato de que se trate.¹⁸⁵ La causa se diferencia de los motivos,¹⁸⁶ que equivalen a los móviles de índole subjetivo, que constituyen la razón que motivó a las partes a celebrar el contrato.¹⁸⁷ En este sentido, la jurisprudencia ha distinguido, en forma reiterada, la distinción entre causa¹⁸⁸ y motivos, (STS de 6 de

comercial, T. II, Op. Cit., págs. 369 y ss.; PUIG FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a. del C.; GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 1998, págs. 542 y ss.; SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., págs. 20 y ss.

¹⁸³ En este sentido, BOZZO señala que: “Según la teoría de la causa recíproca, que tiene sus primeras formulaciones en la doctrina del Derecho canónico, la resolución se explica con base en la sobrevenida desaparición de la causa de los contratos”. BOZZO, S.: *La excepción de contrato no cumplido*, Tesis Doctoral, Universitat de València, en <www.roderic.uv.es>, 2012, pág. 89.

¹⁸⁴ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 77.

¹⁸⁵ Cfr.: JORDANO BAREA, “La causa en el sistema del Código civil español”, vol. Primero, Op. Cit., págs. 462-463.

¹⁸⁶ En este sentido, la doctrina habla de la noción de causa funcional, para hacer alusión al fundamento objetivo del contrato, que siempre presenta el mismo valor y genera los mismos efectos jurídicos, por lo mismo, no puede ser modificada por la autonomía de la voluntad. Cfr.: BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, págs. 187-188. Es por esta razón que, la causa funcional, se encuentra en la finalidad o propósito que tuvieron los contratantes, al momento de constituir la relación jurídica. Cfr.: *Ibidem*, pág. 188.

¹⁸⁷ Cfr.: LARROUMET, C.: *Teoría general del contrato*, vol. I, Traducc. de Guerrero R., Ed. Temis S. A., Bogotá, 1993, pág. 356; RIVERA RESTREPO, *La causa en el Derecho chileno*, Op. Cit., págs. 78 y ss. El motivo equivale al “[...] factor psicológico o subjetivo que no está comprendido en el acto de voluntad que crea la obligación”. *Ibidem*, pág. 82. En este sentido, se ha definido a la causa impulsiva como “[...] el motivo que mueve a cada parte, por su lado, a contratar”. DE GASPERI, L.: *Tratado de Derecho civil*, T. II, Obligaciones en general, con la colaboración de Augusto M. Morello, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, págs. 166-167.

¹⁸⁸ Desde este punto de vista, la causa final equivale al fin directo e inmediato que persiguen los autores de un acto jurídico. No debe confundirse este concepto con la noción de objeto, pues, la primera responde a la pregunta de ¿por qué las partes se obligan? (*cur debetur*), mientras que el objeto, responde a la pregunta: ¿a qué se obligan las partes? (*quid debetur*). Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, “*Derecho civil español, común y foral*”, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 667; DE GASPERI, *Tratado de Derecho civil*, T. II, Op. Cit., pág. 166.

mayo de 1892, 24 de febrero de 1904, 23 de noviembre de 1920, 5 de marzo de 1924, 16 de febrero de 1935, 22 de febrero de 1940, 11 de abril de 1994, 20 de abril de 1994, 8 de febrero de 1996 y 13 de abril de 1998).¹⁸⁹

Esta doctrina postula que en el contrato sinalagmático o recíproco, ambas obligaciones están subordinadas la una a la otra, de tal forma que, cada obligación es causa recíproca de la otra.¹⁹⁰ Lo anterior da origen a dos instituciones: la *exceptio non adimpleti contractus* y el derecho de opción.¹⁹¹

Esta teoría fue elaborada por el jurista francés Henri CAPITANT,¹⁹² en su obra “De la causa de las obligaciones”;¹⁹³ para quien si desaparece el fin del acto jurídico, en virtud del cual el contratante cumplidor se obligó, entonces su obligación carece de causa, debiendo concluirse que este contratante debe quedar liberado de todo gravamen.¹⁹⁴ CAPITANT agrega que el único medio para lograr el mantenimiento de la voluntad contractual, es concediéndole al acreedor cumplidor un derecho opcional,¹⁹⁵

¹⁸⁹ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 671.

¹⁹⁰ Cfr.: LARROUMET, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., pág. 359.

¹⁹¹ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 77–78. En este sentido, BOZZO señala que: “Si bien la resolución con la *exceptio non adimpleti contractus* presenta algunas diferencias, cuestión obvia al tratarse de remedios distintos, no podemos desconocer que ambas figuras hunden sus raíces o encuentran su explicación en el nexo de interdependencia de sus prestaciones, que es propio de las obligaciones recíprocas. Ésta es la razón más cercana que las une, sin olvidar aquellos fundamentos que constituyen los pilares de todo remedio sinalagmático, como es el equilibrio contractual e incluso la equidad entre las partes”. BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, Op. Cit., pág. 88.

¹⁹² En este sentido, los hermanos MAZEAUD señalan que: “*Pour Henri Capitant et les causalistes, la résolution judiciaire n’est qu’une application de la théorie de la cause: l’exécution du contrat, comme, comme sa formation, reposerait sur la cause [...]*”. MAZEAUD H.; MAZEAUD, L. y MAZEAUD, J.: *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Sixième Édition par François Chabas, Éditions Montchrestien, Paris, 1978, pág. 1102.

¹⁹³ Vid.: CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, Traducc. y notas por Eugenio Tarragato y Contreras, Analecta ediciones y libros, S. L., Navarra, 2005, págs. 316 y ss.

¹⁹⁴ Vid.: GENICON, T.: *La résolution du contrat pour inexécution*, Préface de Laurent Leveneur, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., Paris, 2007, págs. 77 y ss.

¹⁹⁵ En Francia, GENICON señala que: “*L’inexécution de son obligation par un contractant a une conséquence immédiate sur l’obligation de l’autre. Puisque cette dernière avait pour but l’exécution de*

para demandar, según su arbitrio, la ejecución forzada a la deuda, o la resolución de la misma, volviendo a quedar en libertad las partes.¹⁹⁶ Sin embargo, para SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, esta teoría ya había sido formulada por la doctrina del Derecho canónico y por el francés DEMOLOMBE. Se señalaba que en los contratos sinalagmáticos, si la obligación de una de las partes es causa de la otra, entonces, cuando una de ellas incumple su deber, la obligación de la contraria cesa de tener causa.¹⁹⁷

CAPITANT se inclina por la noción de causa, como justificante de la resolución judicial por incumplimiento, porque la resolución no se presenta como una facultad absoluta, sino que depende de la voluntad de los contratantes (el contratante cumplidor puede solicitar el cumplimiento forzado o la resolución de la obligación).¹⁹⁸ Al respecto, explica la doctrina que, conforme a la teoría de la causa, que se remonta a las obras de BARTOLO y DUMOULIN,¹⁹⁹ la acción resolutoria encuentra su fundamento, en la desaparición del elemento causa por un hecho sobrevenido (incumplimiento de una de las obligaciones). Se postula que la causa no sólo debe estar presente en el momento de la conclusión del contrato, sino que debe mantenerse durante todo el *iter* contractual. Y, asumiendo la causa un carácter objetivo, si no se cumple una de las obligaciones bilaterales, la obligación de la contraria deja de tener causa y, por tanto, desaparece el

*la contre-prestation, l'inexécution la prive de sa cause. Elle doit donc tomber, puisqu'elle a perdu sa raison d'être: «la vie de l'obligation une fois qu'elle est née, reste subordonnée à la réalisation de la fin poursuivie, car si cette fin ne se réalise pas, il n'est pas admissible que l'obligation garde sa force obligatoire». En effet, «l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause». Capitant estime que le créancier victime de l'inexécution adopte le discours suivant: «Le but en vue duquel je me suis obligé ne plus être atteint, par conséquent, mon obligation est sans cause, je demande à en être déchargé». L'exposé est séduisant; pour autant, il n'est pas certain qu'il soit parfaitement fondé». GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Op. Cit., pág. 78.*

¹⁹⁶ Cfr.: CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 318–319.

¹⁹⁷ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1979, pág. 94.

¹⁹⁸ Cfr.: *Ibidem*, pág. 336.

¹⁹⁹ Cfr.: LARROUMET, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., pág. 357.

objeto del contrato (obligación de la parte que cumplió o está dispuesta a cumplir).²⁰⁰

El TS ha aceptado esta teoría, *v. gr.*, en la sentencia de 18 de julio de 2012, que dispone: “[...] No obstante, cuando los particulares se obligan con carácter recíproco, de tal forma que **la obligación de uno de ellos tiene por causa la del otro**,²⁰¹ el sistema autoriza a reaccionar frente a los incumplimientos de una de las partes y faculta a quien cumplió para que exija su cumplimiento o la resolución, a cuyo efecto el artículo 1124 del Código Civil después de indicar que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, y que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, dispone que «también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». Y que «el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo»”.²⁰²

Con todo, si indagamos en esta tesis, encontramos que esta explicación resulta insostenible, porque el contratante diligente tiene una opción para pedir el cumplimiento, y si puede hacerlo, es porque el contrato tiene causa.²⁰³ En efecto, según la doctrina, esta tesis no resiste un mayor análisis, por cuanto, si el contratante cumplidor tiene la opción de solicitar el cumplimiento forzado de la obligación incumplida, es porque el negocio aún tiene causa, porque en caso de estimar lo contrario, se estaría procediendo a ordenar el cumplimiento de una obligación sin

²⁰⁰ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 58–59. En este sentido, *cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 8; RIVERA RESTREPO, J. M.: “De los aspectos generales en torno a la teoría de la causa”, *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 6, N° 2, Ed. UBO, Santiago de Chile, 2010, págs. 172–173.

²⁰¹ El subrayado es mío.

²⁰² STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/9332). *Vid.* también: STS de 11 de octubre de 2006, (RJ/2006/6443).

²⁰³ En este sentido, MONTÉS PENADÉS, no está de acuerdo con que la facultad resolutoria se justifica en la noción de causa. *Cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 6.

causa.²⁰⁴ Por lo anterior, se dice que la doctrina de CAPITANT no es suficiente para explicar el fundamento de la facultad resolutoria tácita.²⁰⁵ Sin embargo, se ha replicado que si el contratante diligente está facultado para exigir el cumplimiento, es precisamente porque la obligación cuyo pago solicite no tiene causa, ya que él ha cumplido su propia obligación. En este sentido, GIORGI no está de acuerdo con la idea de que la teoría de la causa, sea el fundamento del derecho de opción.²⁰⁶

La explicación anterior, tampoco tiene asidero jurídico en legislaciones comparadas, así, v. gr. el *Codice*, en su artículo 1454 le concede un plazo al contratante cumplidor, para que requiera al incumplidor, vencido este término, el contrato se resuelve; el B.G.B., en su parágrafo 326 le concede el derecho al contratante diligente, para desligarse de la obligación, para ello, debe concederle al incumplidor la posibilidad de que cumpla con su deber. Por su parte, el Código suizo de obligaciones, en su artículo 107, exige un doble requerimiento: la primera interpelación con el fin de concederle un plazo al incumplidor, el segundo, para desistir del contrato, una vez vencido el plazo otorgado; en el Derecho inglés, basta con una declaración simple, emitida por el contratante cumplidor, con el fin de informarle al negligente, que el contrato queda resuelto. Es decir, en todos estos ordenamientos jurídicos, es necesario

²⁰⁴ Igual opinión presenta OGAYAR Y AYLLÓN, para quien: “Esta teoría lleva en sí una contradicción. Es sabido que la causa es uno de los requisitos o elementos esenciales del contrato, exigido por el art. 1.261 del Código civil, y su falta hace que aquél no exista o que sea nulo, por lo que si el contrato en su nacimiento tuvo causa, al desaparecer posteriormente ésta debería anularse inmediatamente al no existir ya la causa, anulación que no se produce [...]”. Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 54.

²⁰⁵ Cfr.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: *Curso de Derecho civil*, Redactado y puesto día por Antonio Vodanovic H., T. III, De las obligaciones, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1957, pág. 74.

²⁰⁶ En este sentido, GIORGI expresa lo siguiente: “La razón principal es (sin explayarnos en elucubraciones) que no admitimos la necesidad de la causa en las obligaciones contractuales como requisito esencial absolutamente distinto del consentimiento y del objeto, y estimamos imperfecto el método de nuestro legislador al introducirlo en el Código”. GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Traducc. por la Redacción General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una Introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Reimpresión de la Segunda Edición, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1977, págs. 213–214.

de una declaración de voluntad de parte del contratante cumplidor, sea unilateral, sea dirigida al juez, para que se declare la resolución.²⁰⁷

Por otra parte, se dice que siendo la causa un requisito de existencia del acto jurídico o contrato, si ella no concurre al momento de su otorgamiento, debería anularse el negocio jurídico.²⁰⁸

²⁰⁷ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 55.

²⁰⁸ En este sentido, la STS de 17 de enero de 1985, dispuso que: “[...] Que frente a la sentencia de alzada, confirmatoria en lo esencial de la pronunciada en el primer grado, que estimando en parte la demanda declaró resuelto el contrato de diez de marzo de mil novecientos setenta y tres referente a la cesión de determinados modelos de utilidad y patentes, cuya explotación adquirió el demandado mediante el pago del canon mensual que se estipula, y condenó al recurrente a resarcir los perjuicios derivados del incumplimiento, en cuantía que deberá ser fijada en fase de ejecución, se alza el motivo inicial del recurso amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando interpretación errónea del artículo mil doscientos sesenta y uno en relación con el mil doscientos setenta y cuatro, ambos del Código sustantivo, y de la doctrina legal contenida en las sentencias de veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco (RJ 1945\266) y cuatro de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (RJ 1965\4260), infracción que se dice ocasionada al no tener en cuenta el tribunal de instancia que al no haberse efectuado la contraprestación que incumbía al actor, el negocio concertado está desprovisto de existencia «por carecer de causa», ya que no se produjo la prevista «colaboración para alcanzar el fin de fabricar una serie o gama de juntas metaloplásticas de características determinadas y para lo cual se establecieron ciertas prestaciones recíprocas, de las que alcanzaban importancia capital las correspondientes al demandante»; alegación improsperable, pues al margen de las diversas posiciones mantenidas en el terreno de la doctrina científica sobre la causa del contrato, la jurisprudencia ha señalado, a la vista de la precisa definición legal contenida en el artículo mil doscientos setenta y cuatro del Código Civil, que en nuestro ordenamiento positivo dicho elemento se halla constituido en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones – sentencias de ocho de julio de mil novecientos setenta y cuatro (RJ 1974\3553) y ocho de julio de mil novecientos ochenta y tres (RJ 1983\4122), entre otras–, fin inmediato al que la atribución se dirige, y en consecuencia cifrada la causa en la finalidad genérica prevista por la norma, salvo los supuestos excepcionales en que el diseño concreto ha sido incorporado al negocio como determinante de la declaración de voluntad, la ineffectividad de la prestación prometida, en cuanto evento posterior a la formación del contrato, no opera en la reglamentación del Código Civil como falta sobrevenida de dicho requisito, a manera de causa fallida (*causa non secuta*), sino que tal circunstancia está relacionada con la posibilidad de instar la resolución del vínculo con arreglo al artículo mil ciento veinticuatro del mismo Cuerpo legal dada la interdependencia de las obligaciones, o, si se trata de imposibilidad sobrevenida y por lo tanto de una situación que impide alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual, se liga con la teoría de los efectos de tal frustración, que precisamente parte de un negocio válidamente celebrado, como tal sin falta de ninguno de sus elementos a tenor del artículo mil doscientos sesenta y uno, tanto más que en criterio de la sentencia recurrida no existe incumplimiento reprochable al cedente quien, «según consta documentalmente acreditado, estuvo en todo momento a disposición del demandado, ofreciéndole de modo constante y reiterado a lo largo de mil novecientos setenta y cuatro, la información y asistencia que precisara, así como la documentación que tenía en su poder, sin respuesta (del recurrente) a tales ofrecimientos, que de este modo vino a evidenciar su desinterés por el contrato y con él su decidida voluntad de desligarse de sus compromisos», pues incluso «no llegó a tener dispuestas las instalaciones y maquinarias en el plazo convenido»”. STS de 17 de enero de 1985, (RJ/1985/180).

La doctrina plantea que la causa es un elemento esencial del negocio jurídico, por lo tanto, su existencia es fundamental para que el contrato llegue a generar los efectos que está llamado a producir.²⁰⁹ Por ello, se dice, de faltar la causa, sea al momento de la celebración del negocio, o en un estadio posterior, debería anularse el contrato. El problema es que en caso de incumplimiento contractual, el negocio bilateral no se anula, sino que la ley le otorga un derecho de opción al contratante cumplidor.²¹⁰ Además de lo anterior, la falta de causa puede ser alegada no sólo por los contratantes, sino que también, por todo aquel que tenga interés en su declaración.

Por último, en la doctrina italiana, ha prevalecido la teoría de la causa entendida como una función económica-social típica, ello supone que la noción de causa, (entendida como utilidad social), sirve para proteger los actos de la autonomía privada, estableciendo cuales de ellos son merecedores de tutela social.²¹¹ En este mismo sentido, se pronunció a principios del siglo pasado León DUGUIT.²¹²

2.3.2.– TEORÍA DE LA VOLUNTAD PRESUNTA DE LAS PARTES O DE LA DISPOSICIÓN.

²⁰⁹ El artículo 1261 del CÓDIGO CIVIL dispone que: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: [...] 3.º Causa de la obligación que se establezca”.

²¹⁰ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 136.

²¹¹ Cfr.: BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., pág. 472.

²¹² En este sentido, a principios del siglo XX, DUGUIT señalaba lo siguiente: “He añadido que la noción de derecho subjetivo es una noción de orden metafísico que no puede subsistir en nuestra época, que la concepción individualista contiene una contradicción en sí, que el sistema jurídico establecido sobre este doble fundamento ha sido un producto contingente y momentáneo de la historia que en cierta época ha respondido a una necesidad social, pero que hoy día su reino ha terminado [...]”. DUGUIT, L.: *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, Traducc. de Carlos G. Posada, Segunda edición corregida y aumentada, Anacleto ediciones y libros, S. L., Pamplona, s/f, págs. 39–40.

Para esta teoría, atribuida a DOMAT,²¹³ y defendida por GIORGI,²¹⁴ plantea que el fundamento de la facultad resolutoria tácita descansa en la supuesta voluntad presunta de los contratantes,²¹⁵ en orden a que si una de ellas incumple culpablemente²¹⁶ con las obligaciones emergentes del contrato bilateral celebrado, entonces procede otorgarle a la contraparte diligente la facultad para solicitar ya sea la resolución o el cumplimiento forzado de la misma.²¹⁷ En efecto, se dice que en esta institución, el legislador estaría interpretando la voluntad de las partes,²¹⁸ ya que si uno de los contratantes incumple con su deber, se debe entender que no desea mantener viva la relación contractual, por ello,

²¹³ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 24. Opinión contraria manifiesta DELL'AQUILA, el cual atribuye esta teoría a OSTI (*"Applicazioni del concetto di sopravvenienza. Risolubilità dei contratti per inadempimento"*, de 1926) y GIORGI (*"Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano"*, de 1910). Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 152.

²¹⁴ En este sentido, expresa GIORGI que: "Compartimos más bien la opinión de aquellos que fundan la condición resolutoria tácita en la presunta voluntad de las partes. [...] Por lo demás, tal obligación [derecho de opción] es puramente sobreentendida y no impuesta por la ley. Presume la voluntad de las partes; pero no siendo requerida por motivos de orden público, cede ante la voluntad contraria que las mismas hayan manifestado abiertamente". GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 214.

²¹⁵ En este sentido, DELL'AQUILA señala que: "En efecto, se funda sobre la presuposición de la existencia, en el contrato, de una cláusula contractual resolutoria que, aunque no haya sido insertada de una forma expresa en el programa negocial concordado entre las partes, se supone que pueda ser deducida por medio de una interpretación que tenga en cuenta la voluntad hipotética de los contratantes en caso de que se hubiesen enfrentado con la eventualidad del incumplimiento contractual". DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 153. En este mismo sentido, indica CAPITANT que: "Los canonistas, interpretando justamente el contenido de la voluntad de las partes, llegaron a la conclusión de que, cuando dos personas se habían obligado recíprocamente, si una de ellas no cumplía su promesa, la otra no sólo se hallaba dispensada de cumplir la suya, sino que podía, en vez de reclamar la ejecución forzada, citar a su adversario ante el tribunal eclesiástico para hacer constar la violación de la fe prometida y exigir que se le relevase de su obligación". CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 322-323.

²¹⁶ Cfr.: MIQUEL, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 74.

²¹⁷ Sobre este punto, LASARTE ÁLVAREZ señala que: "Para otros, la resolución constituye una auténtica condición resolutoria tácita impuesta por el legislador, basándose en la voluntad presunta de las partes que deja sin efectos al contrato en caso de incumplirse la prestación por uno de los contratantes [...]". FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 21.

²¹⁸ En la doctrina se ha dicho que, las partes, habrían comprendido, de forma implícita, que en caso de incumplimiento, el contratante cumplidor gozará del derecho de opción. Cfr.: RINESSI, *Contratos*, T. I, Parte General. Atipicidad – consentimiento – capacidad contractual – causa – prueba – efectos – evicción – interpretación – responsabilidad civil. Anexo jurisprudencial, Op. Cit., pág. 371.

el legislador autoriza a la contraparte, para solicitar la resolución de la obligación.²¹⁹ Es esta misma voluntad, la que genera la facultad resolutoria, pues, la parte afectada por el incumplimiento decide, conforme a su arbitrio, solicitar el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución de la misma.²²⁰

En Italia, la doctrina, en general, ha planteado que es la voluntad de los contratantes, la que justifica el derecho de opción. En este sentido, se indica que el legislador, al consagrar la facultad resolutoria, estaría expresando una voluntad que, no obstante existir, quedó inexpresada.²²¹ Y más que ser tácita, se trata pues, de una voluntad presunta, porque es la ley la que la supone en todo negocio sinalagmático. Con todo, para MOSCO, no se puede hablar de una voluntad presunta, a propósito del derecho de opción.²²²

Estimo que el principal obstáculo que debe enfrentar esta teoría, es que, la facultad resolutoria tácita, constituye un elemento de la naturaleza de los contratos bilaterales, puesto por el legislador la introduce en esta clase de negocios, con el fin de

²¹⁹ Cfr.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 75.

²²⁰ En este sentido, MONTOYA LARBACHA señala que: “Para examinar el fundamento jurídico racional de esta disposición, [se refiere al artículo 1184 del CODE] es preciso tener en cuenta la especie de contratos a los cuales se refiere. Tiene aplicación el precepto legal en los contratos bilaterales, llamados también sinalagmáticos, es decir, en aquellos en que hay prestaciones mutuas entre los contratantes; y siendo así que las convenciones deben ejecutarse de buena fe, esto es, conforme a la intención de los contratantes, es de presumir en un contrato de esta especie la intención de cada una de las partes de obtener de la otra la prestación respectiva. Es esta una regla de utilidad social, fundada en la presunta voluntad de los contratantes”. MONTOYA LARBACHA, L.: *Condición resolutoria tácita y pacto comisorio*, Tesis para el Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas, Ed. De Cromos, Bogotá, en <www.vlex.com>, 1922, pág. 12.

²²¹ Cfr.: MOSCO, “*Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*”, Capítulo I, Op. Cit., pág. 21.

²²² Este autor, señala que: “No puede hablarse de una voluntad de las partes que la ley presume, porque según principios ya sentados sobre la teoría del negocio jurídico, sus efectos se dividen en dos categorías: efectos inmediatos de la voluntad particular, esto es, efectos que surgen directamente de esta voluntad expresa o tácitamente manifestada; y efectos mediatos de la misma, esto es, que derivan indirectamente de la voluntad particular, y directamente de la ley. Según las teorías adoptadas por uno de nuestros más ilustres juristas referentes a estos efectos, la voluntad privada surge de la simple ocasión en cuanto determina que el negocio ha de ser tal categoría o tipo, pero la causa verdadera e inmediata de ello, es la voluntad legal”. *Ibidem*, pág. 1.

que éstos se cumplan. Por lo tanto, nada tiene que ver la voluntad de las partes con la inclusión de la facultad resolutoria en los contratos recíprocos. Además, se dice que las condiciones tienen un carácter de excepcional y, por lo tanto, no se presumen.²²³

En efecto, en general, la doctrina deshecha esta tesis, alegando que resulta arbitrario que el legislador presuma la voluntad de los contratantes, prescindiendo así de la autonomía de la voluntad.²²⁴ Más bien, el derecho de opción, constituiría una facultad o garantía que se le concede al contratante cumplidor, consagrada en la ley.²²⁵

Con todo, la autonomía de la voluntad,²²⁶ a propósito de las compraventas de inmuebles a plazo, ha servido para pertear al vendedor de una facultad o derecho importantísimo: es frecuente que en esta clase de compraventas, se establezca un pacto de retención, en virtud del cual, verificada la resolución de la obligación por incumplimiento del precio, de una o de más cuotas estipuladas, el vendedor podrá retener todo o parte del precio pagado por el comprador, antes de su incumplimiento, a

²²³ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “Conforme a este argumento, si cabe la resolución es porque las partes, tácitamente, así lo han pactado. [...] Hoy en día es prácticamente unánime la opinión de que la resolución supone, efectivamente, una derogación del principio *pacta sunt servanda*, y recurrir a la presunta voluntad de las partes para explicarla no es más que una ficción que debe ser rechazada. La resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1.124 de nuestro Código Civil tiene su origen en la propia ley, no en la voluntad de las partes, y de lo que se trata es de averiguar por qué la ley la ha previsto, cuál es la razón y cuál el fundamento teórico de tal previsión normativa”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 82 y 83.

²²⁴ En Francia, los hermanos MAZEAUD han señalado que: “*Certains auteurs proposent comme fondement à la résolution judiciaire l'intention présumée des parties. En contractant, les parties auraient entendu tacitement qu'en cas d'inexécution fautive par l'une d'elles, l'autre se réservait le droit de réclamer la résolution. Cette théorie se réclame de Pothier et de la rédaction même de l'article 1184, al. 1^{er}, C. civ. Elle n'est pas seulement contraire à l'origine de l'institution; elle est condamnée par l'observation suivante: si les parties avaient tacitement convenu d'une résolution, au lieu d'abandonner celle-ci à la discrétion du juge, elles auraient nécessairement édicté une résolution de plein droit analogue à celle qui résulte d'un pacte commissaire*”. MAZEAUD; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., pág. 1102.

²²⁵ Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 154.

²²⁶ En este sentido, *vid.*: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 21.

título de indemnización de daños y perjuicios.²²⁷

2.3.3.– TEORÍA DE LA EQUIDAD NATURAL.²²⁸

Los partidarios de esta tesis, entre otros DE RUGGIERO,²²⁹ señalan que cuando se ha roto el equilibrio de las prestaciones recíprocas, en un negocio jurídico sinalagmático,²³⁰ resulta contrario de la equidad natural,²³¹ la ejecución de las obligaciones que de él emanan,²³² pues, “[...] el interés del fiel cumplidor [quedaría] defraudado”.²³³ Además, se agrega que, en varias hipótesis, estamos frente a instituciones que no tienen una explicación legal, por ello, se recurre a la equidad natural.²³⁴ En caso de que uno de los contratantes no cumpla con el deber impuesto, por

²²⁷ Cfr.: JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1992, pág. 185.

²²⁸ Al respecto, vid.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8234–8236.

²²⁹ Cfr.: DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, vol. primero, Op. Cit., pág. 300. Por su parte, GIORGI, aún sin ser defensor de esta teoría, señala la principal consecuencia de adherir a esta tesis, planteando que: “En efecto, si descansa [el fundamento del derecho de opción] en principios de equidad natural, puede aplicarse extensivamente esta disposición [...]”. GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 213.

²³⁰ En este sentido, MONTOYA LARBACHA, señala que: “Además, en la equidad natural encontramos fundamento a la referida disposición legal [artículo 1184 del CODE, que consagra la facultad resolutoria tácita] como corolario de los requisitos esenciales a todo contrato; cuatro son estos, a saber: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa; faltando uno cualquiera de estos elementos el contrato no existe”. MONTOYA LARBACHA, *Condición resolutoria tácita y pacto comisorio*, Op. Cit., pág. 12.

²³¹ En este sentido, MIQUEL señala que: “Puesto que el incumplimiento de una parte supone traicionar la buena fe contractual en las relaciones sinalagmáticas, el incumpliente no merece tutela jurídica para su derecho a la contraprestación”. Cfr.: MIQUEL, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 49.

²³² Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 85.

²³³ RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 128. En este mismo sentido, señala SÁNCHEZ–MEDAL URQUIZA que: “Esta explicación [teoría de la equidad natural] observa que es contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte”. SÁNCHEZ–MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 97.

²³⁴ En este sentido, la jurisprudencia ha decretado que el principio de equidad natural, fundamenta al derecho de opción. Ésta constituye un homenaje al respeto de los contratos que, válidamente y conforme

un contrato bilateral que él celebró, entonces, es justo²³⁵ que se le conceda a la contraparte la facultad para resolver el contrato.²³⁶ Es por esta razón, [la buena fe que forma parte de la esencia del contrato], que se encuentra implícito en los contratos recíprocos el derecho de opción.²³⁷

Por otra parte, se arguye que, el carácter preventivo y de garantía que presenta el derecho de opción para el acreedor, justifica que, frente al incumplimiento de la obligación, el afectado pueda no sólo pedir el cumplimiento del deber incumplido, sino que también la resolución de la misma.²³⁸ La equidad, entonces, supone una igualdad en la repartición de las utilidades del contrato, lo que se traduce en el otorgamiento de la facultad resolutoria al contratante inocente.²³⁹ Además, fue el propio Derecho canónico

a derecho, se concluyeron. Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, 3.ª Edición, Prólogo de Luis Díez-Picazo, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pág. 1721.

²³⁵ En Argentina, RINESSI señala que: “Esa idea de justicia natural, que es fundamento necesario de todo el orden jurídico, es también fundamento del instituto en cuestión. Se presenta entonces como una razón de derecho, como una consideración de equidad”. RINESSI, *Contratos*, T. I, Parte General. Atipicidad – consentimiento – capacidad contractual – causa – prueba – efectos – evicción – interpretación – responsabilidad civil. Anexo jurisprudencial, Op. Cit., pág. 371.

²³⁶ Cfr.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 74.

²³⁷ Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 921.

²³⁸ En este sentido, ENNECCERUS señala que: “Por lo demás, en el derecho común se discutía la naturaleza de los créditos procedentes de contratos bilaterales. Algunos, especialmente Keller, entendían que el crédito de cada uno de los contrayentes no se dirige escuetamente a la prestación, sino sólo a la prestación a cambio de la contraprestación, y que sólo tiene un derecho dirigido escuetamente a la prestación aquel que por su parte ha cumplido ya. Si uno demanda la prestación lisa y llanamente, tiene que alegar en la demanda el cumplimiento de la propia obligación y la objeción del demandado de que el cumplimiento de la propia obligación y la objeción del demandado de que el demandante no ha cumplido todavía no constituye una excepción, sino una negación de la afirmación de la demanda. Por el contrario, según la opinión predominante, del contrato bilateral surge sencillamente a favor de cada uno de los contratantes un crédito a la prestación. Ahora bien, como quiera que no es equitativo que cada una de las partes contratantes exija que se le haga la prestación previa, si no media un convenio o una disposición legal que lo justifique, si pide la contraprestación sin haber cumplido por su parte, se le podrá oponer una excepción, la excepción de contrato no cumplido”. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, doctrina general, 1954, Op. Cit., págs. 164–165.

²³⁹ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 57. Así lo reconoce LOCKE, al decir lo siguiente: “Es también un estado de igualdad [el estado de naturaleza], en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás”. LOCKE, J.: *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Segunda

el creador del derecho de opción, y es en aquél, en donde la equidad tiene un campo propicio para actuar.²⁴⁰

Es evidente la razón de equidad²⁴¹ que existe en el hecho de que si una de las partes no cumple su obligación, emanada de un contrato bilateral, la otra pueda a su vez desligarse del vínculo obligacional, dejando sin efecto el contrato.²⁴² Es un hecho indiscutible que en la facultad resolutoria tácita existe una importante dosis de equidad, pues, se exige un equilibrio en las prestaciones recíprocas y, consecuentemente, en las recíprocas atribuciones patrimoniales.²⁴³ Así, la facultad resolutoria tendría la función de remediar un injusto probable y futuro: los inconvenientes económicos y morales que supone un juicio ejecutivo, restableciendo el equilibrio, cuando éste sea roto (ante el incumplimiento de una de las partes). Desde este punto de vista, se puede indicar que la facultad resolutoria tácita tiene un carácter preventivo.²⁴⁴ En este sentido, la jurisprudencia ha acogido esta teoría,²⁴⁵ con el fin de fundar la facultad resolutoria

Reimpresión, Traducc., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Ed., S. A., Madrid, 2003, pág. 36.

²⁴⁰ Cfr.: LOCKE, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Op. Cit., pág. 36.

²⁴¹ Vid.: RIVERA RESTREPO, J. M.: “Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda”, *Revista Ars Noni et Aequi*, Año 8, n° 2, Facultad de Derecho, Universidad Bernardo O’Higgins, 2012, págs. 323–344.

²⁴² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Jurídica Cono Sur Limitada, Santiago de Chile, 1998, pág. 491.

²⁴³ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 9.

²⁴⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 11.

²⁴⁵ En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA señala que: “La jurisprudencia razona frecuentemente sobre la subordinación de la facultad resolutoria, como derecho potestativo, a las exigencias de la buena fe (art. 7.2 CC); a veces añade que es un remedio en el que la equidad, como criterio de ponderación, ha de evitar el rigor de la norma que permite la libre elección de remedios (art. 3. 2, en relación con el art. 112II CC), lo que nos remite a las circunstancias del caso concreto. El por qué es contrario a la buena fe pretender la resolución se escinde en una variedad de supuestos: en algunos, el razonamiento se intercambia con el de la gravedad del asunto: el incumplimiento no es esencial. En otros, existe una justificación del incumplimiento del deudor que, como habremos de ver, no se identifica sin más con el previo incumplimiento del demandante. En otros, en fin, se relaciona con una conducta del acreedor contraria a sus propios actos; es decir, se enmarca en una situación –que acaso se solucionaría con los límites a la facultad de elegir entre uno y otro remedio– en la que el acreedor parece haber elegido ya la opción de

tácita: STS de 5 de mayo de 1953, STS de 4 de noviembre de 1958, STS de 2 de enero de 1961, STS de 9 de diciembre de 1966, STS de 21 de octubre de 1974, STS de 16 de enero de 1975 y STS de 20 de marzo de 1976.²⁴⁶ Una antigua STS de 5 de julio de 1941, decreta que: “[Esta institución] responde a un principio de equidad”.²⁴⁷ Por su parte, la STS de 16 de enero de 1975 reitera esta idea.²⁴⁸

En general, la doctrina señala que los partidarios de esta tesis, plantean que la acción de cumplimiento forzoso²⁴⁹ no puede ser el único remedio,²⁵⁰ para proteger los intereses del contratante cumplidor.²⁵¹ Pues, el deudor podría caer en insolvencia, o bien, puede frustrarse el fin del negocio jurídico o incluso, hacerse imposible el cumplimiento de la obligación, sea por causa imputable a él o por caso fortuito. Además, la espera podría suponer costes para el contratante diligente, que no deben ser asumidos por éste.²⁵² La pregunta que surge entonces es: ¿por qué obligar al contratante

mantener el contrato y el deudor ha actuado en consecuencia”. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., págs. 8226–8227.

²⁴⁶ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 59.

²⁴⁷ Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 167.

²⁴⁸ Cfr.: *Ibidem*, pág. 180.

²⁴⁹ Con relación al cumplimiento forzoso de la obligación, *vid.*: VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Prólogo de Francesco Galgano, Publicaciones del Real Colegio de España, Cometa, S. A., Zaragoza, 1995, págs. 19 y ss.

²⁵⁰ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO señala que: “El art. 1124 CC es lo que más se parece, en el Código civil, a una enumeración de los acciones o remedios del acreedor [sic]”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (Direct.): *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 8214.

²⁵¹ Sobre este punto, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL plantea lo siguiente: “Se trataría de una disposición de carácter equitativo, basada en la idea de que quien se obliga recíprocamente lo hace sólo para obtener la contraprestación prometida, por lo que ante un eventual incumplimiento de la otra parte es probable su voluntad favorable a la resolución. Los defensores de esta teoría se apoyan en el texto del Código francés de 1804, cuyo art. 1184 establece que la condición resolutoria está siempre sobrentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no satisfaga el cumplimiento”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 21–22.

²⁵² Sobre este punto, se ha dicho que: “Aunque la facultad resolutoria pudiera explicarse como una de las

diligente a solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, si éste resulta improbable que se lleve a efecto? La equidad natural indica que al contratante diligente se le debe otorgar el derecho de opción, para solicitar el cumplimiento forzado o la resolución de la obligación.²⁵³ Es por ello, que existe el derecho de opción, a favor del contratante diligente que está conforme con los principios de equidad natural.²⁵⁴

Sin embargo, si bien es efectivo que el fundamento de la facultad resolutoria tácita se encuentra en la equidad natural, no es menos cierto que esta virtud se encuentra presente en todas las instituciones pertenecientes al Derecho civil, constituyendo un principio general del Derecho privado.²⁵⁵ La equidad, al igual que la buena fe, es un fundamento tan amplio, que no existe institución jurídica que no encuentra su justificación en aquéllas.²⁵⁶ En este punto, es aplicable el adagio que reza: “Lo que trata

posibles sanciones que se instrumentan contra el contratante incumplidor, al que ciertamente se le priva de la contraprestación y, en su caso, se le impone la indemnización de daños y perjuicios, parece más adecuado sustentar aquélla en la idea de protección al contratante que ha cumplido o se muestra dispuesto a cumplir: el temor o la certeza de no recibir, pese a haber entregado o estar dispuesto a hacerlo, justifica que se le autorice a liberarse del propio compromiso, con indemnización de los daños que se le hubieran causado y reintegro de las prestaciones realizadas”. PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 123.

²⁵³ En este punto, DELL’AQUILA señala que: “Así que, en resumen, es un principio de equidad y de justa distribución de las utilidades efectivamente alcanzadas por las partes por medio de una actividad contractual, lo que constituye el fundamento de la resolución”. DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 163. Por otra parte, GONZÁLEZ PACANOWSKA señala que: “Mas la situación se puede analizar a la inversa: la resolución es ahora, y conforme a la buena fe, el remedio oportuno cuando no sea razonable pretender el cumplimiento forzoso porque los costes de su obtención serían demasiado gravosos o desproporcionados para el deudor”. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., pág. 8227.

²⁵⁴ En este sentido, señala CLEMENTE MEORO lo siguiente: “[...] ésta [la resolución] tiene naturaleza preventiva, no represiva: trata de evitar la falta de justificación del enriquecimiento que se verificaría en el patrimonio de uno de los contratantes como consecuencia de su incumplimiento”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 79.

²⁵⁵ Po su parte, MONTÉS PENADÉS señala que: “[...] Y, en efecto, en un cierto sentido hay un componente de equidad, como equilibrio de las prestaciones y como justificación de las transferencias o traslaciones patrimoniales. Pero el recurso a la equidad no explica el fundamento de la reconstrucción. Con ello se dice solamente que el instituto representa una derogación de los principios, pero no aclara el fin último de la derogación, ni la naturaleza de esta derogación en relación con el funcionamiento de la relación sinalagmática”. MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, Op. Cit., pág. 1184.

²⁵⁶ En este sentido, MIQUEL señala que: “Es imposible negar que la bondadosa templanza habitual, la propensión a fallar por el sentimiento del deber o la conciencia, más que por las prescripciones rigurosas

de explicar todo, a la vez no explica nada”.²⁵⁷ Es decir, esta tesis corroboraría lo planteado por las demás doctrinas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del derecho de opción, siendo similar su explicación, a la dada por los que sustentan la teoría de la causa, ya que el contratante cumplidor, ve frustrado el fin del contrato, cuando la contraparte no cumple con su deber, ello no sólo significa que el contrato carece de causa, sino que también, atenta contra el principio de la equidad natural.²⁵⁸ Al faltar la causa y, por tanto, lesionarse la equidad, al contratante cumplidor se le debe otorgar una *actio in rem verso*, es decir una *condictio*, cuyo fin sea restablecer el equilibrio.²⁵⁹ En definitiva, como dice CAPITANT: “Esta fórmula vaga, imprecisa, se encuentra todavía en algunas sentencias [...]”.²⁶⁰ Además, la doctrina ha planteado que existe un peligro evidente, al entregarle al juez la necesaria discrecionalidad para fundar sus resoluciones, conforme a los principios de equidad. No estamos de acuerdo con este dogma, pues, muchas veces se advierte que, el tribunal debe buscar la justicia material y no aplicar ciegamente el tenor literal de la fórmula contenida en la ley, pero, al mismo

de la justicia o el texto terminante de la ley, esa idea de justicia natural, existe como fundamento necesario de todo el orden jurídico [...]”. MIQUEL, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 74.

²⁵⁷ Agrega CLEMENTE MEORO que: “La crítica de esta teoría ha puesto de manifiesto que en el fondo coincide con la teoría de la causa, pues si la parte que ha cumplido su obligación ve frustrado su fin práctico, consistente en obtener la equivalencia que implica la prestación incumplida de la otra parte, ésta se encuentra enriquecida injustamente, pues habrá incrementado su patrimonio, sin haberse desprendido de nada. Por tanto, se produce un desplazamiento patrimonial que ha quedado sin justificación y que la equidad no puede tolerar. Igualmente, se critica de esta teoría que no explica el fundamento de la resolución, sino que se limita a decir que el instituto representa una derogación de los principios, pero no aclara el fin último de la derogación, ni la naturaleza de esta derogación en relación con el funcionamiento de la relación sinalagmática. También se ha señalado que el término equidad es palabra que puede tener varios sentidos, y si no se precisa en qué consiste en el caso específico, se queda uno en lo vago y en lo indeterminado. Finalmente, se afirma frente a esta teoría que si la resolución tuviera por objeto impedir un enriquecimiento sin causa, no podría ser instada cuando este peligro no existiese, porque el deudor fuese solvente y el acreedor pudiese obtener mediante la ejecución forzada del contrato la prestación o su equivalente”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 79–80.

²⁵⁸ Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 85.

²⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pág. 85.

²⁶⁰ CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 334.

tiempo, se arguye que, existe un peligro en este proceso: se perturba la seguridad jurídica,²⁶¹ pues el concepto de igualdad es relativo²⁶² e indeterminado.²⁶³

Por último, me permito mencionar, en este punto una teoría que se relaciona con la doctrina de la equidad natural, se le denomina “teoría de la equivalencia”, y fue formulada por el francés MAURY, se relaciona además con la teoría de la causa (por ello sólo la mencionamos y no la desarrollamos en forma independiente). Para esta tesis, la causa únicamente incide en la etapa de formación del negocio jurídico, pero, en la fase de ejecución de las obligaciones sinalagmáticas, la noción de causa es remplazada por el principio de equivalencia, el que a su vez, se funda en la equidad, siendo fijada por la autonomía de la voluntad.²⁶⁴

Con todo, nos parece inexacto lo planteado por esta doctrina, por cuanto, decir que la causa inicial es remplazada por la noción de equivalencia, es una cuestión que no encuentra mayor fundamento en el Derecho. Porque, como se ha visto, la causa se proyecta a la etapa de cumplimiento contractual, conforme a las ideas modernas. Además, pienso que al ser fijado el equivalente por la autonomía privada, podría contrariar a la equidad, la cual constituye una noción metafísica que escapa a la voluntad de los contratantes.

²⁶¹ Cfr.: MIQUEL, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 85.

²⁶² En este sentido, REZZÓNICO señala lo siguiente: “[...] lo cierto es que hallar una pauta única, general y universal para medir, en lo jurídico, lo igual y lo desigual, deviene imposible si se tiene en cuenta la tan distinta naturaleza humana y la dilatada proyección geográfica que sería menester examinar”. REZZÓNICO lo siguiente: “Tanto en el sinalagma genético como en el funcional y, de igual manera, en el condicional, se evidencia un mecanismo de justicia”. REZZÓNICO, J. C.: *Principios fundamentales de los contratos. Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria, forma. Consensualismo. Equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 290.

²⁶³ Cfr.: ATAZ LÓPEZ, J.: “III. La buena fe contractual”, *Tratado de los contratos*. T. I, §2. La libertad contractual y sus límites, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Direct.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 169.

²⁶⁴ Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 86.

2.3.4.– TEORÍA DE LA SANCIÓN.

Según esta teoría, atribuida a AULETTA²⁶⁵ y MAZEAUD²⁶⁶ sobre el contratante negligente recae la pena o sanción civil, que consiste en la pérdida del derecho de exigir el cumplimiento a su contraparte diligente.²⁶⁷ La sanción tiene su fundamento en la conducta imputable al contratante negligente, el que por su culpa o dolo no cumplió con su deber. Esta situación constituye un atentado en contra de la equidad y buena fe y, por tanto, debe ser castigado por el Derecho. Por lo tanto, si el incumplimiento obedece a un caso fortuito o fuerza mayor, no procede aplicar esta sanción.²⁶⁸ En el fondo, esta teoría, como su nombre lo indica, plantea que la resolución por incumplimiento, es una manera de reparar el daño o perjuicio experimentado por el contratante cumplidor, ya que, en ciertos casos, la ejecución forzada de la obligación resulta ineficaz, v. gr., cuando el deudor cae en insolvencia o simplemente resulta inútil exigir la prestación fuera de plazo. De esta forma, el derecho de opción se presenta como una adecuada forma de reparar los perjuicios causados por el contrante incumplidor, toda vez que, será el propio acreedor el encargado de solicitar la ejecución forzada de la deuda o la resolución de la misma, pudiendo en ambos casos solicitar adicionalmente una indemnización de daños y perjuicios, cuando éstos se hayan

²⁶⁵ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 106; DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 155. En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY la atribuye, entre otros, a GASCA, AULETA Y JOSSEAND. Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 82.

²⁶⁶ SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, atribuye esta teoría a MAZEAUD. Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 96.

²⁶⁷ Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 155.

²⁶⁸ Al respecto, vid.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8232-8234.

producido.²⁶⁹

Por su parte, se ha dicho que la acción resolutoria constituye una reacción del Derecho, frente a un comportamiento injusto del contratante incumplidor, por ello, la facultad resolutoria sería una sanción para este último.²⁷⁰ Es decir, la facultad resolutoria constituye una sanción para el contratante incumplidor que, por su culpa o dolo no ha procedido a cumplir con su deber, traicionando no sólo su palabra empeñada, sino que también a los principios de equidad natural y buena fe.²⁷¹ Es por ello, que la conducta del contratante incumplidor, debe ser sancionada por la ley.²⁷²

La doctrina ha dicho que lo anterior explica el artículo 1184 del *Code* y el artículo 1165 del *Codice civile*, que establecen la necesidad de un pronunciamiento judicial para que exista resolución del contrato.²⁷³

La jurisprudencia ha acogido esta teoría, v. gr., en la STS de 11 de marzo de 2011, que señala que, la doctrina jurisprudencial, en forma reiterada, ha dispuesto que en lo que atinge a la resolución de venta de inmuebles, conforme al artículo 1504 del Código Civil, (norma especial respecto de la contenida en el artículo 1124 del mismo cuerpo legal, para toda clase de obligaciones sinalagmáticas), presenta, entre sus

²⁶⁹ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 96-97.

²⁷⁰ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 9.

²⁷¹ En este sentido, ROVIRA I JAÉN señala que, en el Derecho medieval, frente al incumplimiento del deudor, “[...] entraba un sentimiento de equidad en base al principio de que el delito presente debe ir unido a la rebeldía («*delictum praesens cum contumacia coiuntum*»), por lo que será necesaria una puesta en demora. Las Decretales, capítulo *Resprensibilis* 26. *De appellationis*, li, 28, decían así: «*Statuimus ut nec prelati nisi canónica commotione praemissa suspensionis vel excommunicationis sententiam proferant*». De esta manera el deudor podrá purgar su demora: «*Sibi satisfactione celeri consulere*», Decretales, 4, III, 18”. ROVIRA I JAÉN, “El pacto de *lex commisorio* en la reciente jurisprudencia registral”, Op. Cit., pág. 359.

²⁷² Cfr.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 74.

²⁷³ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 75.

presupuestos, el requerimiento.²⁷⁴ Además, esta interpelación, no tiene valor de una intimidación por no pago del precio, sino que busca que el comprador se allane a resolver la relación jurídica, sin obstaculizar dicho proceso.²⁷⁵ La STS analizada agrega que: “[...] concurriendo las circunstancias expuestas, la resolución se produce de manera automática, pudiendo ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella a voluntad del acreedor, a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los tribunales, que habrán de declarar, en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho [SS. 24–10–1941 (RJ 1941\1091), 28–1–1943 (RJ 1943\121), 7–1–1948 (RJ 1948\13) y 19–3–1949]; y esa intimidación al allanamiento del comprador para resolver el contrato resulta plenamente válida si se realiza por acto de conciliación [SS. 7–7–1911, 13–7–1917, 30–10–1956 (RJ 1956\3245), 27–5–1985 (RJ 1985\2814)], hasta el extremo de que, como señala la S. 8–5–1982 (RJ 1982\2561), la no asistencia a aquel acto ha de entenderse como una manifestación más de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento”.²⁷⁶

En definitiva, para esta doctrina, existe una infracción de la obligación por parte

²⁷⁴ El carácter de norma especial del artículo 1504 del CC ha sido confirmado en forma reiterada por la jurisprudencia. Al respecto, *vid.*: STS de 5 de septiembre de 1990, (RJ/1990/6854), STS de 22 de enero de 1991, (RJ/1991/308), STS de 26 de septiembre de 2000, (RJ/2000/7531), STS de 31 de diciembre de 1993, (RJ/1993/9925), STS de 19 de octubre de 1993, (RJ/1993/7746), STS 1 de junio de 1992 (RJ/1992/4981), STS de 26 de mayo de 1992, (RJ/1992/4385), STS de 10 de julio del 2002, (RJ/2002/8243), STS de 31 de mayo del 2002, (RJ/2002/5706). *Cfr.*: JIMÉNEZ LINARES, M^a. J.: *Resolución por incumplimiento de los contratos de permuta de solar por obra futura*, Aranzadi Civil–Mercantil num. 10/2005 (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2005. En <<http://www.westlaw.es/>>, pág. 5.

²⁷⁵ *Cfr.*: STS de 11 de marzo de 2011, (RJ/2011/132).

²⁷⁶ STS de 11 de marzo de 2011, (RJ/2011/132). Asimismo, la STS de 12 de julio de 2011, (RJ/2011/7372), dispone que: “[...] (b) Que la presunta infracción no puede ser generadora de una sanción o consecuencia tan fuerte como la resolución contractual, no habiendo ninguna sentencia que la haya acordado, que se han limitado al efecto jurídico de la indemnización económica, lo cual es lógico dado que, para que haya un incumplimiento grave, es preciso la incorporación al contrato del contenido de lo ofertado (oferta publicitaria), manifestando las partes el carácter de condición o característica esencial [...]”. STS de 12 de julio de 2011, (RJ/2011/7372). También se refiere a la sanción resolutoria, la STS de 22 de abril de 1991, (RJ/1991/9812).

del contratante negligente.²⁷⁷ Analizado el argumento, desde este punto de vista del derecho de opción, podría concluirse que el fundamento de él radica en la sanción que el Derecho le impone al contratante negligente, quien no sólo ha traicionado a su contraparte y al Derecho, sino que ha violado los postulados de la equidad natural y, por tanto debe ser sancionada su conducta injusta. Sería la buena fe, la que fundamentaría la existencia de una sanción para el contratante incumplidor.²⁷⁸

En cuanto a las críticas que se le han formulado a esta doctrina, se ha señalado que: (i) la acción resolutoria no sólo significa la pérdida del derecho de cumplimiento forzado para ambas partes, las que quedan liberadas de su deber; (ii) la resolución, conforme a doctrina objetiva, no supone necesariamente un juicio de reproche hacia la conducta del deudor incumplidor (culpa o dolo); (iii) cuando existe una conducta imputable de parte del contratante incumplidor, la indemnización de daños y perjuicios a que será condenado, asume el carácter de sanción o pena que castiga dicho comportamiento contrario al Derecho y a la equidad natural, la que será exigible, incluso, cuando el contratante cumplidor opta por solicitar el cumplimiento forzado de la obligación; (iv) la acción resolutoria tiene, como se dijo, un carácter preventivo y de garantía: se quiere evitar un enriquecimiento sin causa, cuando al acreedor cumplidor, le sea inalcanzable el cobro de su crédito.²⁷⁹ Asimismo, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN no está de acuerdo con esta teoría, porque no considera que la resolución sea la

²⁷⁷ Modernamente, sobre este punto, la doctrina ha planteado lo siguiente: “Este fundamento de la facultad resolutoria, entendida como reacción del ordenamiento ante una conducta ilícita (el incumplimiento), no pretende ahora recuperarse como explicación global, ni confundirse con la tutela resarcitoria, que es acción compatible. Pero, después de dejar claro que la voluntad deliberadamente rebelde no es, desde luego, exigible para resolver, lo que la propia jurisprudencia denominó el «factor etiológico subjetivo» en modo alguno carece de peso en la decisión de los tribunales”. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., pág. 8232.

²⁷⁸ En este sentido, la doctrina argentina ha señalado que la buena fe impone una pauta de carácter general, acerca de cómo deben actuar los contratantes, que será determinada en cada caso por el juez, conforme a equidad y justicia. BORDA, G. A.: *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, T. I, Cuarta Edición actualizada y ampliada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 93.

²⁷⁹ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 77.

consecuencia de un acto ilícito perpetrado por el contratante incumplidor.²⁸⁰ No estoy de acuerdo con lo planteado por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN,²⁸¹ pues, como se analizará más adelante, creo que uno de los presupuestos para ejercitar la acción resolutoria y, en definitiva cualquiera de las dos alternativas que le confiere al contratante diligente el derecho de opción, es que exista una actuación imputable de parte del contratante incumplidor, esto es, que exista culpa o dolo de su parte. Para DELL'AQUILLA, esta tesis adolece de graves inconvenientes.²⁸² Así, señala éste autor que “[...] no se toma en consideración que también la parte inocente, a través de la resolución del vínculo contractual, pierde el derecho de exigir la prestación que le corresponde”.²⁸³ Además, esta supuesta sanción no supone necesariamente la extinción de la relación jurídica, pues, el contratante cumplidor puede optar por mantener la misma, solicitando el cumplimiento forzado de la obligación.²⁸⁴ Por último, se ha dicho que el artículo 1124 del Código Civil no consagra una sanción para el contratante

²⁸⁰ Al respecto, señala DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN lo siguiente: “Contemplada desde esta perspectiva, la resolución encuentra su fundamento en la idea de sanción y se configura como una acción que se impone a la parte incumplidora. De este planteamiento se deduce que, para que el incumplimiento pueda ser sancionado, es menester que el incumplidor sea considerado por la ley como responsable del ilícito, de manera que sólo la culpabilidad permite poner en marcha la acción resolutoria. Tal argumentación no es satisfactoria. La resolución no es primariamente una medida de sanción del incumplimiento”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., pág. 428.

²⁸¹ Esta opinión tiene asidero en la obra de DOMAT, para quien no es necesaria la existencia de culpa o dolo para que se declare la resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 85.

²⁸² Cfr.: *Ibidem*, págs. 155 y ss.

²⁸³ En este sentido se pronuncia ATAZ LÓPEZ. Cfr.: ATAZ LÓPEZ, “III. La buena fe contractual”, *Tratado de los contratos*. T. I, Op. Cit, pág. 155.

²⁸⁴ En Chile, en general, la doctrina exige como presupuesto de la acción resolutoria, que el incumplimiento sea imputable, por culpa o dolo del contratante negligente. Cfr.: CAPRILE BIERMANN, B.: “La resolución en el derecho chileno”, *La terminación del contrato*, José Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa (Directores académicos), Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pág. 181. Aunque cierta parte de la doctrina piensa lo contrario. En este sentido, CORRAL TALCIANI, señala que: “Aunque tradicionalmente se ha sostenido que la resolución sólo procede ante un incumplimiento imputable al deudor, la doctrina actual tiende a diferenciar la facultad de resolver el contrato y la de pedir indemnización de perjuicios. Si bien el art. 1489 CC menciona ambas posibilidades, ello no significa que ambas acciones exijan los mismos requisitos. La imputabilidad no es exigida para la resolución, sólo sería necesaria para la obligación de indemnizar perjuicios”. CORRAL TALCIANI, “La cláusula penal en la resolución del contrato”, Op.Cit., pág. 5.

incumplidor, pues, las normas sancionadoras, aplican una consecuencia jurídica, al sujeto de derecho que realiza una determinada conducta, contraria a la ley. En este caso, los efectos del derecho de opción afectan a ambas partes, pues tratan de restaurar el equilibrio roto. Además, la resolución no tendría el papel de sanción, pues la posible indemnización de perjuicios que puede reclamar el contratante cumplidor desempeña ese rol.²⁸⁵

2.3.5.– TEORÍA DE LA REPARACIÓN.

Conforme a esta escuela, la resolución opera como reparación del perjuicio causado, en contra del patrimonio y persona del acreedor diligente, por el contratante negligente. Se vio que en determinados casos, el ejercicio de la acción de cumplimiento forzado, por parte del contratante diligente, no tendrá el efecto por éste deseado (v. gr. en caso que el deudor incumplidor haya caído en insolvencia), por tanto, la resolución actúa como un medio de reparación del daño causado al acreedor.²⁸⁶

En cuanto a las críticas que ha sufrido esta doctrina, podemos indicar que ellas giran en torno a los siguientes tópicos: (a) no es cierto que la acción resolutoria tenga una finalidad reparatoria, toda vez que al acreedor se le otorga la facultad de solicitar el cumplimiento forzado de la deuda o, la resolución de la misma, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. Por ello, si el derecho de opción tuviese su fundamento en la reparación del daño producido, entonces, ¿por qué se le concede el derecho a pedir una indemnización adicional? De ser ello así, se produciría un doble

²⁸⁵ Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 156–157.

²⁸⁶ En este sentido, en Francia, los hermanos MAZEAUD señalan que: “*En réalité, la résolution judiciaire est un molde de réparation du préjudice que cause au créancier l'inexécution de son obligation par le débiteur. Le créancier, comme tout créancier, a la possibilité, faute d'exécution, de demander une exécution par équivalent; mais cette réparation sera de peu d'efficacité en présence d'un débiteur insolvable [...]*”. MAZEAUD; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., pág. 1102.

pago, pues la indemnización de perjuicios remplazaría al objeto de la obligación (resolución) y además se pagaría una indemnización adicional, lo que iría en contra del principio del enriquecimiento sin causa. La doctrina agrega que la teoría de la reparación justifica la utilidad que en la práctica, presenta la resolución por incumplimiento, pero no demuestra ni explica su argumentación teórica, al no referirse a la reciprocidad existente entre las obligaciones emergentes de un negocio bilateral y que, la resolución opera aun cuando no existan daños y perjuicios para el contratante cumplidor.²⁸⁷ En definitiva, esta teoría desconoce la reciprocidad propia de los contratos sinalagmáticos, al tratar de establecer únicamente el resultado de la resolución judicial y no, el verdadero fundamento de la misma.²⁸⁸ Por último, se debe indicar a este respecto que, cierta parte de la doctrina, señala que ni la facultad resolutoria tácita (consagrada en el art. 1124 del CC.), procede del pacto comisorio o de su utilización práctica por la jurisprudencia francesa, ni de POTHIER, ni tampoco se justifica a través de la voluntad o de la causa. Se justifica, en otras palabras, objetivamente, como una tutela de las razones del acreedor ante un mal probable y futuro.²⁸⁹ Como ya se adelantó en el punto anterior, la jurisprudencia ha reiterado que se trata de un derecho de opción de que dispone el acreedor diligente y que, la resolución depende de su sola voluntad.²⁹⁰ Es

²⁸⁷ CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 78.

²⁸⁸ Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 84.

²⁸⁹ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, Op. Cit., pág. 1180.

²⁹⁰ En general, la jurisprudencia ha decretado que las dos facultades otorgadas por el artículo 1124 del CÓDIGO CIVIL, son incompatibles y, por tanto, el acreedor cumplidor debe optar por una de ellas, pudiendo exigir las dos a la vez, una en subsidio de la otra. Cfr.: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., pág. 133. En este sentido, expresa DE COSSIO Y CORRAL, lo siguiente: “El art. 1.124 atribuye al acreedor que previamente ha cumplido o que se hallaba dispuesto a cumplir sus obligaciones una opción entre la solicitud de la resolución o la exigencia del cumplimiento: ambas acciones son contradictorias entre sí, lo que impide puedan ser ejercitadas simultáneamente, por aplicación del principio romano *electa una via non datur recursus ad alteram*. [...] No obstante, el propio art. 1.124 admite la posibilidad de «pedir la resolución aun después de haber reclamado el cumplimiento, cuando éste resultare imposible», y, por el contrario, que a pesar de haberse reclamado la resolución, pueda el juez, «cuando haya causas justificadas», conceder al deudor un plazo para cumplir. De lo dicho parece seguirse que sería perfectamente factible pedir en una misma demanda el cumplimiento como petición principal y, subsidiariamente, la resolución del contrato para el supuesto de que, llegado el momento de esa ejecución, la misma no fuera posible”. DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho*

decir, constituye una facultad otorgada por el legislador al contratante diligente. Por lo anterior, estimo que la denominación correcta de esta institución, es facultad resolutoria tácita o derecho de opción del acreedor diligente.²⁹¹ En este sentido, la doctrina ha señalado, en general, que a diferencia de las reglas generales que rigen a toda condición resolutoria (las que operan por el sólo ministerio de la ley, cuando se produce el hecho del cual depende la condición: el incumplimiento contractual, salvo la condición pactada conforme al art. 1504 del Código Civil, que le otorga al comprador un plazo para pagar, que se extiende hasta que reciba el requerimiento resolutorio),²⁹² el incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil, no supone la resolución automática de la resolución, sino que únicamente otorga la facultad para solicitar la resolución.

Como derecho opcional, le otorga al contratante cumplidor la facultad para pedir el cumplimiento o la resolución de la obligación incumplida. En otras palabras, la condición resolutoria ordinaria opera *ipso iure*, en cambio, la resolución del artículo 1124 del CC, aplica *ope exceptionis*.²⁹³ Además, así como el cumplimiento depende de

civil, Op. Cit., pág. 296. Vid.: también: la STS de 21 de septiembre de 1974. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 180; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 923.

²⁹¹ Cfr.: DE PABLO CONTRERAS, “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., pág. 217; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 23–24.

²⁹² Con relación al requerimiento resolutorio, vid. el comentario de PÉREZ DE ONTIVEROS a la STS de 17 de julio de 2009, (RJ/2009/6475), (citado por MORALEJO IMBERNÓN). Cfr.: MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Contratos con finalidad traslativa de dominio”, *Tratado de contratos*, T. II. Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Direct.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1786–1787; PÉREZ DE ONTIVEROS, C.: “Comentario a la STS de 17 de julio de 2009, (RJ/2009/6475)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n° 84, septiembre–diciembre 2010, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Direct.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010, págs. 1417–1428.

²⁹³ En este sentido, la STS de 29 de abril de 1998, (RJ/1998/2601), decreta que: “Si se da un incumplimiento básico, que frustra el fin objetivo del contrato, no se produce automáticamente la resolución, sino que es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia”. Cfr.: CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1003. Vid. también: la STS de 11 de diciembre de 1993, (RJ/1993/9605). Cfr.: *Ídem*.

la voluntad del contratante cumplidor,²⁹⁴ la resolución de la obligación depende de la excepción del contratante incumplidor y de la decisión judicial.²⁹⁵

Por último, hay que señalar que en general, la doctrina viene señalando la notable evolución de la jurisprudencia en esta materia, pues, partiendo de una concepción subjetiva y voluntarista, según la cual, el fundamento de la facultad resolutoria tácita debía ser encontrado en la voluntad presunta o implícita de los contratantes (deber de fidelidad y cumplimiento leal de la palabra empeñada), de la que se inspiró el principio *pacta sunt servanda*, se pasó a una concepción objetiva, conforme a la cual, la facultad resolutoria tácita aparece como un eficaz remedio para cautelar los intereses del contratante cumplidor. En efecto, cuando se ven frustrados esos intereses con el incumplimiento imputable al otro contratante, entonces el legislador le otorga el derecho de opción al contratante cumplidor, con prescindencia de la real intención o supuesta voluntad de las partes.²⁹⁶

2.3.6.– TEORÍA DEL PODER DISPOSITIVO NOVATORIO.²⁹⁷

Esta doctrina, atribuida al jurista GRASSO,²⁹⁸ postula que el fundamento del derecho de opción radica en el poder novatorio que el Derecho le confiere al contratante

²⁹⁴ Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 135.

²⁹⁵ En este sentido, la sentencia del JUZGADO DE LO MERCANTIL DE VALENCIA, de 27 de diciembre de 2010, dispone que: “La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas cuando uno de los obligados no cumple la prestación debida. Se trata de un principio que en nuestro Derecho tiene su plasmación en el artículo 1124 del Código civil, que faculta al contratante que ha cumplido su prestación a **optar** entre la **resolución** de la obligación y a la postre del contrato de que aquella nace o el cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos”. SJM de Valencia, de 27 de diciembre de 2010, (RJ/2010/430).

²⁹⁶ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 813.

²⁹⁷ Vid. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 80–82.

²⁹⁸ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 158.

cumplidor.²⁹⁹ El artículo 1124 del Código Civil le otorga al contratante diligente la facultad para solicitar el cumplimiento forzado de su derecho de crédito o la resolución de la obligación, de tal manera que, cuando opta por una de estas facultades, pierde el derecho a solicitar el otro. La doctrina denomina a esta posibilidad de renunciar a un derecho poder dispositivo novatorio, pues, cuando se opta por una de estas dos facultades, se libera de la otra posibilidad.³⁰⁰ Esta teoría se diferencia de la doctrina de la voluntad presunta de los contratantes, pues, opera no en el momento de la celebración del negocio, sino que en la etapa de cumplimiento del contrato y con prescindencia de mismo.³⁰¹

Sin embargo, se ha criticado a esta doctrina, por cuanto al catalogar al derecho de opción, como un derecho dispositivo concedido al contratante cumplidor, no se está determinando el fundamento de él, sino que tan sólo se está clasificando a una institución jurídica, dentro de una determinada distinción, que resulta ineficaz para esclarecer su verdadera justificación.³⁰² Es decir, esta teoría confunde el fundamento mismo de la institución (la razón que justifica al legislador para concederle al contratante diligente este derecho), con la clasificación del mismo, pues, resulta evidente que al decir que el derecho de opción es un poder dispositivo unilateral del

²⁹⁹ Vid.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 86 y ss.

³⁰⁰ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 80.

³⁰¹ Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 87-88.

³⁰² Cfr.: *Ibidem*, pág. 81. En este sentido, CLEMENTE MEORO identifica a esta teoría con la teoría de la oferta planteada por autores anglosajones, según la cual “[...] el incumplimiento del deudor equivale a una oferta al acreedor para resolver: si el acreedor acepta la oferta la resolución se produce por acuerdo de las partes. Como puede apreciarse, esta teoría se limita a adoptar la comúnmente seguida explicación de por qué la «repudiación» no opera la automática resolución de la relación obligatoria, sino que sólo supone una facultad para el acreedor, que puede optar por resolver o no, y la extiende a cualquier supuesto de resolución. Sin embargo, no se precisa si la consideración del incumplimiento como una oferta para resolver resulta de la voluntad implícita de los particulares o es una regla de Derecho. La teoría de la oferta, en el Derecho inglés, y la teoría del poder dispositivo normativo, en el Derecho continental, coinciden en identificar el funcionamiento de la resolución con su fundamento”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 81-82.

contratante cumplidor, no estamos respondiendo a la pregunta de ¿porqué el legislador le concedió este beneficio al mismo?³⁰³ Además, la doctrina considera que cuando se declara la resolución del contrato bilateral, por el órgano jurisdiccional competente, no existe novación, pues la obligación que se resuelve no constituye una nueva relación jurídica.³⁰⁴ Hay que agregar, por último, que se ha confundido la teoría de la causa, con la llamada teoría de la interdependencia de las prestaciones,³⁰⁵ postulada por la doctrina italiana (principalmente por MOSCO). En este sentido, se ha dicho que la interdependencia constituye un principio que se deduce precisamente de la resolución por incumplimiento, y, por lo tanto, no se puede erigir como su fundamento.³⁰⁶

Es un hecho indiscutido, que existe una clara relación entre la resolución y la interdependencia propia de los contratos bilaterales. Pues, el segundo, constituye un principio que emana del derecho de opción.³⁰⁷

2.3.7.— TEORÍA DE LA INEFICACIA SOBREVENIDA DEL NEGOCIO JURÍDICO.³⁰⁸

³⁰³ Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 159.

³⁰⁴ Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 88.

³⁰⁵ En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA señalan que: “Además, las obligaciones que nacen de un contrato no son obligaciones que están independientes unas de otras. La del vendedor no es totalmente diversa a la del comprador, sino que en el contrato bilateral existe una relación de interdependencia entre las obligaciones de ambas partes, una equivalencia. Es por esta unión que el legislador autoriza pedir la resolución cuando uno de los contratantes no ha cumplido con lo pactado”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 74.

³⁰⁶ Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 164–165.

³⁰⁷ Cfr.: *Ibidem*, pág. 165. En este sentido, este autor agrega que: “La verdad es que en el Derecho romano más antiguo, regía el principio general de la interdependencia bien de las obligaciones de las prestaciones referentes a un contrato bilateral o, de todas formas, la conexión entre ellas era reconocida únicamente en algunos casos determinados. Sólo poco a poco fueron elaborados los remedios de la resolución y de la excepción de incumplimiento, los cuales con el tiempo acabaron con la vigencia de aquel principio y establecieron el principio opuesto de la interdependencia o interconexión entre las obligaciones y las prestaciones”. *Ídem*.

Conforme a esta doctrina, la facultad resolutoria tácita se explica de acuerdo a la ineficacia sobrevenida del contrato bilateral, cuando existe un incumplimiento de parte de uno de los contratantes. La ineficacia tiene por causa el vicio previsto por el legislador en el artículo 1124 del Código Civil.³⁰⁹ Así, para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, la noción de resolución como ineficacia sobrevenida del negocio jurídico, podría sustentarse en las normas que consagran la facultad resolutoria tácita. En efecto, se podría derivar de la proyección de la condición resolutoria sobre la eficacia del contrato bilateral. El problema que surge, es que, conforme a la opinión generalizada de la doctrina y la jurisprudencia, el artículo 1124 no responde a la noción de condición, como ya se analizó, a pesar de estar situado en el Libro IV, Título I, Capítulo III, Sección Primera, del Código Civil, cuyo epígrafe es precisamente “De las obligaciones puras y de las condicionales”. Es por lo anterior, que esta teoría no resulta satisfactoria.³¹⁰

Frente a lo dicho, pienso que si bien, en principio, la facultad resolutoria tácita podría ser considerada una causal extrínseca de ineficacia del negocio jurídico, no es menos cierto que este supuesto vicio no se genera en el acto de celebración del contrato bilateral y, depende, de un hecho totalmente ajeno a ésta: el incumplimiento imputable al contratante negligente.³¹¹

En este sentido, para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, el derecho de opción equivale a “[...] un medio de defensa destinado a tutelar a una de las partes frente a las circunstancias que lesionan objetivamente su interés en la actuación o

³⁰⁸ Vid.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., págs. 815 y ss.

³⁰⁹ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., págs. 815 y ss.

³¹⁰ Cfr.: *Ibídem*, pág. 816.

³¹¹ Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Op. Cit., pág. 1719.

desarrollo de la obligación”.³¹² La doctrina agrega que la facultad resolutoria equivale a una ineficacia sobrevenida, pues, a diferencia de una condición resolutoria (que produce el efecto extintivo una vez verificado el hecho futuro e incierto), la resolución requiere, para extinguir la relación jurídica, de una declaración de voluntad o una resolución judicial que la declare.³¹³ Así, MONTÉS PENADÉS llega a decir que la facultad resolutoria es un “instrumento”, que sirve para declarar la ineficacia sobrevenida³¹⁴ de la relación jurídica.³¹⁵ Esta opinión es compartida por OGAYAR Y AYLLÓN.³¹⁶

Se adelantó que, la doctrina más moderna, califica a esta institución como “remedio legal”,³¹⁷ determinándose su naturaleza jurídica por la función de ésta desempeña.³¹⁸

2.3.8.– TEORÍA DEL SINALAGMA FUNCIONAL.

³¹² *Ídem*.

³¹³ *Cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., págs. 13–14.

³¹⁴ Esta teoría ha tenido cabida en Italia, así, para SCOGNAMIGLIO, constituye una tesis que aparece como correcta. *Cfr.*: SCOGNAMIGLIO, R.: *Teoría general del contrato*, Reimpresión, Traducc. de Fernando Hinestroza, Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991, pág. 350. Este autor señala lo siguiente sobre este punto: “Dentro de ese orden de ideas nos parece que la solución más correcta es la que basa la resolución por incumplimiento en una anomalía funcional sobrevenida del contrato. En esta orientación está acorde la opinión prevaleciente en la doctrina, que además y según una concepción que ya reprochamos, tiene a considerarla como vicio de la causa”. *Ídem*.

³¹⁵ *Cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 16.

³¹⁶ *Cfr.*: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 60–61.

³¹⁷ En este sentido, BOZZO señala lo siguiente: “Tanto la *exceptio non adimpleti contractus* como la acción resolutoria son remedios que el ordenamiento jurídico otorga a las partes, con el fin de mantener un cierto equilibrio en la relación bilateral”. BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, Op. Cit., pág. 67.

³¹⁸ *Cfr.*: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., págs. 8213–8214. En este sentido, agrega GONZÁLEZ PACANOWSKA lo siguiente: “El fundamento de la facultad resolutoria se ha explicado desde diferentes perspectivas, si bien por algunos autores se condensa su función en ser un medio de tutela ante el incumplimiento, que permite al legitimado para instarla volver al mercado y emplear de otro modo los recursos”. *Ibidem*, pág. 8214.

En la doctrina, surgió esta teoría con el fin de superar los obstáculos que presentaba la tesis de la causa recíproca.³¹⁹ Aun cuando algunos autores la analizan, partiendo de la base de que se trata de una variedad de la teoría de la causa.³²⁰ Conforme a esta teoría, se distinguen dos momentos del *iter* contractual: la etapa de formación o celebración del contrato y la fase de ejecución del mismo, de tal manera que, el contrato bilateral, en la etapa de su formación, exige la existencia de una interdependencia entre las obligaciones recíprocas surgidas de él.³²¹ A esta dependencia inicial, CLEMENTE MEORO la llama sinalagma genético.³²² Ahora bien, el problema de esta teoría es que esa reciprocidad genética, también es exigible para el mantenimiento del contrato,³²³ en

³¹⁹ En este sentido, COLIN y CAPITANT señalan que: “No tenemos necesidad de insistir más acerca del fundamento racional de esta acción. La resolución del contrato, en caso de incumplimiento por parte de uno de los contratantes, se explica por las mismas consideraciones que la extinción procedente del caso fortuito. Es la consecuencia lógica del vínculo que, en los contratos sinalagmáticos, une a las dos obligaciones de los contratantes”. COLIN y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 737.

³²⁰ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 80. En este mismo sentido, BOZZO señala que: “La doctrina del sinalagma genético y funcional es una variante de la teoría de la causa; que, con el objetivo de salvar las objeciones presentadas contra ella, distingue entre sinalagma genético y funcional”. BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, Op. Cit., pág. 94. Vid. también: MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., pág. 1102.

³²¹ En este sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, señala que la jurisprudencia exige un doble sinalagma, “[...] de suerte que cada una de las obligaciones patrimoniales deba su existencia a la otra, de tal manera que el reclamante tiene que demostrar que ha cumplido lo que le incumbía para poder pedir el cumplimiento de la contraria”. Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 922.

³²² Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 67. En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY señala que: “La expresión «sinalagma genético» designa la dependencia recíproca existente entre las dos obligaciones, pero contempladas en su dimensión programática, esto es, al tiempo de la celebración del contrato”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 80. En este mismo sentido, BOZZO señala que: “Por tanto, la doctrina mayoritaria ha entendido como sinalagma genético aquel que se presenta en la génesis de la relación obligatoria y en que cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación”. BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, Op. Cit., pág. 116.

³²³ En este sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI señala que: “La distinción [entre sinalagma genético y funcional], tiene su origen en la polémica de los postglosadores sobre la causa impulsiva y la causa *finalis* y en la doctrina de los canonistas medievales, que consideró que en las obligaciones mutuas engendradas por los contratos consensuales había que apreciar una relación de causalidad que las unía no sólo en el

la fase de la ejecución del mismo (sinalagma funcional).³²⁴ En este sentido, la doctrina ha señalado que no es suficiente que el contrato genere obligaciones bilaterales, reales y lícitas (sinalagma genético), sino que, además, se precisa que el contrato efectivamente mantenga esos efectos hasta la fase de cumplimiento de los mismos (sinalagma funcional).³²⁵ Por lo tanto, si el contrato no se cumple en los términos acordados, entonces, la relación contractual no puede subsistir, pues, se ha roto el sinalagma³²⁶ que le daba coherencia a la misma, el que supone el mantenimiento de la correlatividad entre las recíprocas atribuciones patrimoniales.³²⁷ Es decir, para la doctrina la interdependencia funcional supone, necesariamente, la existencia de una reciprocidad

momento de su génesis, sino también en el de su ejecución”. FERNÁNDEZ URZAINQUI, “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, Op. Cit., pág. 174.

³²⁴ Según ÁLVAREZ VIGARAY: “Los términos «sinalagma funcional» se refieren al nexo existente entre las dos prestaciones, pero consideradas en el momento de la ejecución del contrato. es el elemento causal, que puede ser tomado en cuenta en dos momentos conceptua [sic] y, por lo general, temporalmente distintos: en el momento de celebrarse el contrato y en un momento sucesivo de la relación, que llega a la ejecución del contrato”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 80–81. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI señala que: “[...] el sinalagma funcional supone que ambos deberes de prestación, en cuanto están enlazados funcionalmente, deben cumplirse al mismo tiempo que de él surgen, como regla, la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones recíprocas. Mientras el sinalagma genético contempla la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, el sinalagma funcional la refiere a las prestaciones”. FERNÁNDEZ URZAINQUI, “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, Op. Cit., pág. 175.

³²⁵ En este sentido, expresa REZZÓNICO lo siguiente: “Tanto en el sinalagma genético como en el funcional y, de igual manera, en el condicional, se evidencia un mecanismo de justicia”. REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos. Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria, forma. Consensualismo. Equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe*, Op. Cit., pág. 321. En este mismo sentido, SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA señala que: “La obligación de una parte permanece ligada, no sólo a la existencia originaria, sino también a la persistencia de la obligación correspondiente de la contraparte, y por tanto, al cumplimiento o a la posibilidad de cumplimiento de la misma. Si se conservara el solo sinalagma genético, las dos obligaciones que surgen del contrato se desprenderían del recíproco ligamen primitivo y cada una tendría vida separada e independiente de las vicisitudes que posteriormente afectarían a la otra”. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 98.

³²⁶ En este sentido, SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA ha postulado que: “El fundamento de esta teoría descansa en el concepto de «sinalagma», que es el ligamen recíproco que existe en algunos contratos entre la prestación y la contraprestación, y en la estructuración del contrato sinalagmático, bilateral en sentido estricto o de prestaciones recíprocas, como aquel contrato del cual surgen contemporáneamente en una y en otra parte obligaciones y derechos de prestaciones recíprocas ligadas entre sí por una relación de interdependencia”. *Ibidem*, pág. 94.

³²⁷ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 67.

entre las obligaciones sinalagmáticas, que se manifiesta en toda la dinámica de las obligaciones y, particularmente, sustenta el derecho de opción que tiene el contratante diligente.³²⁸

En Italia, la doctrina ha señalado que los contratos con prestaciones recíprocas, son aquellos en que cada una de las partes se encuentran vinculadas a una prestación (se habla de prestación y contraprestación), es decir, el negocio supone la existencia de obligaciones contrapuestas y que entre éstas exista un vínculo de interdependencia,³²⁹ que MESSINEO llama nexo de correspondencia o reciprocidad,³³⁰ el cual “[...] consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas, por el cual, cada parte no está obligada a la propia prestación, si no se debe la prestación de la otra: la una prestación es el presupuesto indeclinable de la otra”.³³¹

La jurisprudencia ha recogido esta teoría, así, v. gr., la STS de 11 de marzo de 2011.³³² Esta sentencia señala que: “El orden de cumplimientos de las prestaciones debidas y la mutua condicionalidad e interdependencia que existe entre ellas, es lo que justifica que el deudor requerido de pago le pueda oponer al deudor incumplidor la llamada «*exceptio non adimpleti contractus*»,³³³ con el efecto de neutralizar la

³²⁸ PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 118.

³²⁹ En este sentido, en Francia, LÉGIER señala que: “[...] *le droit de demander la résolution découle de l’interdépendance des obligations, chaque obligation ayant pour l’obligation de l’autre*”. LÉGIER, G.: *Droit civil. Les obligations*, 19^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2008, pág. 101.

³³⁰ Cfr.: MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, T. II, Op. Cit., pág. 472.

³³¹ Ídem. En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY señala que: “La teoría del sinalagma genético y del sinalagma funcional ha tenido gran difusión en la doctrina italiana contemporánea y se encuentra ya formulada en los pandectistas alemanes”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 81.

³³² Vid. también: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5^a Edición, 2006, Op. Cit. pág. 1123.

³³³ En este sentido, la STS de 9 de enero de 2013, (RJ/2012/797), habla de “obligaciones funcionalmente recíprocas”. Por su parte, la STS de 12 de enero de 2009, (RJ/2009/6), señala que: “[...] Con ello nuestro más Alto Tribunal ha dado una amplia extensión al resarcimiento (efecto), pero por causa de incumplimiento del sinalagma genético y funcional de las obligaciones contraídas, [...]”. STS de 12 de enero de 2009, (RJ/2009/6). Al respecto, vid. también: las STS de 25 de febrero de 2013, (RJ/2013/114),

reclamación, dada la facultad que le asiste de posponer su cumplimiento hasta que el reclamante cumpla o esté dispuesto a cumplir lo que le incumbe –sentencia de 14 de junio de 2.004–. En definitiva, en las obligaciones recíprocas, como recuerda la sentencia de 22 de abril de 2.004, el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de las partes convierte a cada una en equivalente o contravalor de la otra, lo que se manifiesta no sólo en el momento estático de nacimiento de la relación –**sinalagma genético**–, sino también en el dinámico y posterior de su desenvolvimiento –**sinalagma funcional**–, en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones, de modo que, por virtud de la recíproca condicionalidad, ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes que él lo haga con la correlativa, tanto más si se hubiera pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior”.³³⁴ Sobre este punto, la doctrina ha señalado que existe una anomalía funcional sobrevenida de la relación obligatoria, que es independiente de la posible culpabilidad del contratante

8 de enero de 2013, (RJ/2012/811), 20 de julio de 2012, (RJ/2012/492), 11 de octubre de 2011, (RJ/2011/687), 11 de marzo de 2011, (RJ/2011/132), 10 de marzo de 2011, (RJ/2011/108), 1 de febrero de 2011, (RJ/2011/35), 22 de enero de 1999, (RJ/1999/19), 12 de diciembre de 2008, (RJ/2008/1179), 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/366), SAP de Baleares de 22 de julio de 2002, (AC/2002/451), SAP de Barcelona de 14 de junio de 2006, (AC/2006/284).

³³⁴ El fundamento de la pretensión de la actora se basa en que, desde el año dos mil, existía una relación contractual (contrato de suministro) con la fabricante de productos de cerámica en su establecimiento de Alcora. Los productos adquiridos por la actora a la demandante, luego los revendía a sus clientes en Centroamérica, previo pedido de World Wide Feramics S. L. El pago de dichos productos se realizaba mediante pagaré con vencimiento indicado a los noventa días y, en algunas ocasiones, con una fecha más cercana. En definitiva, la demandada, a partir del mes de abril de 2004, empezó a retrasarse en las entregas acordadas. La actora solicita en la demanda la resolución del contrato de suministro y la condena de Cerámicas Mimas, S. L. a indemnizarle en los daños y perjuicios con invocación de los artículos 1.089, 1.091, 1.101, 1.103, 1.104, 1.106, 1.124, 1.254, 1.258, 1.261, 1.278, 1.445 y siguientes del Código Civil. La demandada, en su escrito de contestación, alega –entre otras cosas– que, la demandante había incumplido con sus obligaciones, por cuanto le había entregado pagarés con vencimientos más atrasados, incumplimiento que contraria lo que se había convenido. El T.S. señala que de la prueba rendida en la respectiva instancia, se puede concluir que la actora, carece de legitimación activa para alegar la resolución de la relación contractual, porque a su vez, ha incumplido su propia obligación, toda vez que las obligaciones recíprocas se encuentran estrechamente vinculadas, lo que significa que lo que afecte a una de ellas, repercutirá inevitablemente en la obligación de la contraparte, (S. 416/2004, de 13 de mayo y las demás que se citan en aquella). Además, la medida adoptada por la actora, en el sentido de suspender, unilateralmente, la ejecución de sus obligaciones, se encontraba justificada por la excepción de incumplimiento del contrato (de suministro). En definitiva, se busca lograr el necesario equilibrio querido por los contratantes. STS de 11 de marzo de 2011, (RJ/2011/132).

incumplidor.³³⁵ Las consecuencias negativas de su actuación derivan de la protección que el ordenamiento jurídico debe otorgarle al contratante cumplidor.³³⁶

La jurisprudencia, ya en 1955 se había remitido a esta teoría, en efecto, la STS de 3 de septiembre de 1955 señala lo siguiente: “[...] Considerando que las obligaciones bilaterales o recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: genético, en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional con el que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual, cuyas consecuencias jurídicas recoge el artículo 1.124 del C.C. español, regulando como efectos propios de estas obligaciones la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio morae* y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes”.³³⁷

Por su parte, la STS de 9 de diciembre de 2004 señala que: “[...] Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debido a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual”.³³⁸

En síntesis, esta tesis postula que existe una estrecha dependencia entre las

³³⁵ Vid. también: STS de 10 de enero de 1991, 18 de noviembre de 1994 y 10 de noviembre de 1993. Cfr.: <www.vlex.com>.

³³⁶ Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 815; FERNÁNDEZ URZAINQUI, “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, Op. Cit., págs. 175–176.

³³⁷ Cfr.: BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, Op. Cit., pág. 95.

³³⁸ Cfr.: STS de 9 de diciembre de 2004, (RJ/2004/7916).

obligaciones recíprocas derivadas del contrato bilateral, de manera que todo cuanto ocurra con la obligación de una de las partes, repercute necesariamente en la obligación de la contraparte.³³⁹ Conforme a esta doctrina, es posible explicar también, a la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*).³⁴⁰

2.3.9.– CONCLUSIÓN.

Aun cuando existen varias teorías que presentan un cierto grado de seducción, como las tesis de la equidad natural y de la sanción, pienso que la más correcta es la teoría del sinalagma funcional. Considero que esta teoría parte de una idea correcta: la distinción entre dos etapas distintas del contrato (celebración y ejecución del mismo), planteando para cada una de ellas, un sinalagma diverso, lo que supone exigir la reciprocidad de las prestaciones durante todo el *iter* contractual y, de paso, superar los inconvenientes que presenta la teoría de la causa.

Por otra parte, se debe señalar que el derecho de opción es una institución inspirada, eminentemente, en la equidad natural, consagrada a la noble y generosa tarea

³³⁹ En doctrina, O'CALLAGHAN MUÑOZ ha señalado que: “La resolución implica que no sólo se resuelve la obligación incumplida, sino las dos obligaciones recíprocas; lo que es consecuencia de la reciprocidad (sinalagma) de las obligaciones recíprocas. Lo que lleva consigo la restitución de las prestaciones que se hubieran realizado”. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit. pág. 1119. En este mismo sentido, se ha dicho que: “El incumplimiento, por último, ha de quebrar la reciprocidad de las prestaciones. En este sentido, tiene declarado el Tribunal Supremo que es presupuesto de la resolución «la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego» (Ss. TS. 21 marzo 1986, 24 mayo 1991, 27 noviembre 1992 o 7 febrero 1995), afirmando también que la conjunción de varias obligaciones en un solo contrato no implica por sí que hayan de calificarse como recíprocas, porque esto solo concurre en aquellas ligadas por la íntima trabazón que supone que cada una se constituya en causa eficiente de la otra (*cfr.*, por todas, STS. 18 noviembre 1994). La consideración de este requisito ha de presidir la determinación de si cabe o no la resolución en casos tales como el incumplimiento parcial o defectuoso o el que afecte a prestaciones accesorias, en los que procederá la resolución si su falta de realización quiebra realmente la corresponsabilidad o mutua condicionalidad de lo prometido por cada parte a la otra”. DE PABLO CONTRERAS, P.: “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., pág. 221.

³⁴⁰ *Cfr.*: ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, Op. Cit., págs. 170–171.

de plasmar un ideal de justicia, pero la pregunta que surge a continuación es ¿existe alguna institución del Derecho civil que no se inspire en la noción de equidad natural? Resulta evidente la razón de equidad que existe en el hecho de que si uno de los contratantes no cumple su obligación, emanada de un contrato recíproco, el otro contratante pueda, a su vez, desligarse del vínculo obligacional, dejando sin efecto el contrato. Es claro, entonces, que el derecho de opción, como todas y cada una de las instituciones que conforman el Derecho civil, se inspira en la equidad natural, que constituye un principio general del Derecho, y sin ésta no puede existir aquél. Sin embargo, pienso que el fundamento de la equidad es muy extenso y amplio y, por tanto, es el soporte remoto del derecho de opción, ya que “lo que trata de explicarlo todo, a la vez nada explica”. Es decir, la equidad natural y la buena fe constituyen un fundamento tan amplio, que no existe institución jurídica que no encuentra su justificación en ellas. Asimismo, no estoy de acuerdo en la aplicación de la teoría de la equidad, sobre la falsa idea que plantea que el derecho de opción no tiene fundamento jurídico. Si lo tiene, y él se encuentra en la tesis del sinalagma funcional.

La doctrina señala que la teoría que analiza de mejor forma al derecho de opción, es la tesis de la interdependencia de las prestaciones recíprocas. Desde la contribución de la doctrina de los canonistas y la doctrina francesa anterior a la dictación del *Code*, se viene hablando de esta teoría. Aquéllos, mediante la inducción, revivieron principios y crearon reglas, aplicables a ciertas clases de negocios jurídicos, como si ellos descansaran sobre una base común. Hablaron de la existencia de una condición implícita o tácita y de la interdependencia en los contratos recíprocos, nociones que fueron desarrolladas con mayor precisión por los juristas franceses.

La tesis de la interdependencia propia de los contratos bilaterales, es la que mejor sustenta la verdadera esencia del derecho de opción, toda vez que el sinalagma funcional, supone que la ejecución de la obligación de uno de los contratantes, depende del cumplimiento de la contraparte. Asimismo, esta tesis permite explicar, también,

otras nociones aplicables al contrato recíproco, como la excepción de inejecución o incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) e incluso, la teoría de los riesgos. Las obligaciones recíprocas son como las dos caras de una misma moneda, ya que ellas se encuentran interconectadas o relacionadas, y lo que afecte a una de ellas, necesariamente repercutirá en la otra obligación. Así, el art. 1124 CC señala que cuando uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones, y esta infracción no se encuentra justificada por caso fortuito o fuerza mayor, entonces, el contratante cumplidor podrá elegir entre la resolución de la obligación o el cumplimiento forzado de la misma, todo ello por la interdependencia propia de los contratos bilaterales.

La teoría del sinalagma funcional, que es, como se dijo, una variante de la teoría de la causa, respalda satisfactoriamente al estatuto del derecho de opción, superando los defectos de la segunda, explicándolo tanto desde un punto de vista estático, como dinámico.

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA NOCIÓN DE REMEDIOS EN EL DERECHO COMPARADO.

1.– CONSIDERACIONES PREVIAS.

En las líneas que siguen, me propongo elucidar algunos aspectos relevantes en torno a las principales características del derecho de opción, en los ordenamientos jurídicos alemán, francés, italiano y en el sistema anglosajón. En principio, se debe advertir que esta materia ha evolucionado de forma similar en el Derecho continental y en el sistema anglosajón,³⁴¹ aun cuando se presentan variadas diferencias entre ellos.

Con el fin de precisar con claridad el objeto de mi análisis, se debe indicar que, en el presente Capítulo, se examinará someramente la facultad resolutoria por incumplimiento contractual, conforme a las distintas concepciones respecto de la noción de contrato que presentan dichos ordenamientos jurídicos. Asimismo, se analizarán brevemente las soluciones que postulan estos sistemas jurídicos, teniendo presente los trazos comunes que se pueden marcar entre ellos, a la luz del proceso jurídico integrador. A manera de presentación, podemos decir que en Europa, la doctrina ha planteado la existencia de dos grandes sistemas en el ámbito de la resolución por incumplimiento: el sistema francés y el sistema alemán. El sistema francés se identifica por establecer una resolución caracterizada por la intervención del juez, pues es él el encargado de declararla, y por el marco discrecional que la ley le otorga al órgano jurisdiccional. Lo anterior se hace palpable, *v. gr.*, con la interpretación restringida que la jurisprudencia gala le ha dado a la cláusula resolutoria expresa, ya que en virtud de ésta, el contratante más fuerte económicamente, podría abusar de su contraparte,

³⁴¹ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Op. Cit., pág. 34.

alegando la resolución ante cualquiera clase de incumplimiento, por leve que éste sea. Por su parte, el sistema alemán de resolución se caracteriza por una resolución que depende exclusivamente de la voluntad del acreedor. Así, en el sistema alemán, el acreedor puede declarar la resolución una vez expirado el término adicional que le fija al deudor, a fin de que éste cumpla su deuda.³⁴² La gran diferencia entre estos dos modelos, es, que en el modelo francés, por regla general, la resolución constituye una facultad del acreedor cumplidor, que debe ser declarada por el tribunal; en cambio, en el sistema alemán, procede la resolución unilateral del acreedor, aun cuando, como se verá,³⁴³ ella también podría ser procedente en el primer sistema.

2.– DERECHO ALEMÁN.

2.1.– ASPECTOS GENERALES.

En general, la doctrina alemana ha planteado que los negocios jurídicos se clasifican en unilaterales y plurilaterales, conforme al número de voluntades necesarias para que aquél produzca sus efectos o deban intervenir una o varias voluntades frente a frente. Ejemplo del primero es la rescisión, del segundo, el contrato de arrendamiento. La unilateralidad o plurilateralidad³⁴⁴ no depende de las declaraciones anexas de

³⁴² Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 96–97.

³⁴³ Así, v. gr., antes de la Reforma de 2001, en Alemania se establecía que si el acreedor, constituye, dentro de un término razonable, en mora al deudor, entonces podía solicitar el abono de los daños y perjuicios sufridos o bien, la resolución del contrato. Cuando el acreedor constituía en mora al deudor, se producía *ipso iure* la resolución del negocio. Cfr.: *Ibidem*, pág. 16.

³⁴⁴ En este mismo sentido, el italiano BIANCA, señala que: “Contrato plurilateral es el contrato conformado por más de dos partes en sentido sustancial. Según la opinión común, la parte debe entenderse como centro de intereses. [...] Por lo tanto, el contrato plurilateral se caracteriza ante todo por la presencia de varios centros de intereses (ej., el contrato de sociedad) [...]”. BIANCA, C. M.: *Derecho civil. 3. El contrato*, Traducc. por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 77. Al respecto, vid. también: FERRO-LUZZI, P.: *I contratti associativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 2001, págs. 217 y ss.

personas accesorias, así, la rescisión es un negocio jurídico unilateral, aunque la voluntad del arrendador, tenga que manifestarse por medio de su representante legal.³⁴⁵

Siguiendo con este análisis, se debe indicar que, según la doctrina germana, se distinguen dos especies de negocios unilaterales (i) negocios unilaterales en *stricto sensu*, que son aquellos en que sólo una de las partes contrae obligaciones y la otra adquiere los respectivos créditos, v. gr. la donación, el mutuo; y (ii) negocios no rigurosamente unilaterales, es decir, aquellos de los que nacen créditos o derechos para una sola parte, pero que, también le cabe a su cargo una obligación, que, sin embargo, no es la contrapartida de la obligación del otro contratante, v. gr. el mandato.³⁴⁶

Dentro de los contratos bilaterales o sinalagmáticos,³⁴⁷ la doctrina alemana distingue dos subclases: (i) negocios bilaterales, sinalagmáticos o recíprocos (“*contractus aequales*”), que consisten en un intercambio de prestaciones recíprocas, v. gr., el contrato de compraventa, y (ii) los “*contractus bilaterales inaequales*”, que se

³⁴⁵ Cfr.: VON THUR, A.: *Parte General del Derecho civil*, Traducc. de Wenceslao Roces, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2006, págs. 65–66.

³⁴⁶ Cfr.: RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 116.

³⁴⁷ La expresión “sinalagmático” es de origen griego y fue empleada por ARISTÓTELES, para hacer alusión a lo “justo correctivo”, es decir, a aquella noción cuyo fin principal es lograr un cierto equilibrio en el intercambio de bienes y servicios en la sociedad. Cfr.: MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Op. Cit., pág. 50. Por su parte, REZZÓNICO expresa –con respecto al significado de la voz “*sinalagma*”–, lo siguiente: “En cuanto el contrato sirve al cambio de prestaciones –cosas, valores, servicios– de manera que cada uno de los contratantes ofrece al otro su prestación (p. ej., sus servicios) y espera recibir la contraprestación (el precio en dinero), el fin negocial característico del contrato reside para cada parte de la convención, en la obtención de un bien que aparece como contrario aunque recíproco. En ese caso se está en el supuesto de los contratos sinalagmáticos”. REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos. Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria, forma. Consensualismo. Equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe*, Op. Cit., pág. 325. En este mismo sentido, LEVY y CASTALDO (LEVY, J.-P. y CASTALDO, A.: *Historie du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, págs. 695 y 745), citados por PIZARRO WILSON, señalan que la voz “*synallagma*” es de origen griego, apareciendo en el DIGESTO (D., 50, 16, 19). LABEÓN fue el autor de tal inclusión y señaló como ejemplos de contratos sinalagmáticos a la compraventa, el arrendamiento y la sociedad, todos los que producen obligaciones bilaterales o recíprocas entre los contratantes (*ultra citroque obligatio*). Cfr.: PIZARRO WILSON, *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno*, Op. Cit., pág. 2.

refieren a los contratos que crean obligaciones para ambas partes, pero en los que no existe intercambio de prestaciones, *v. gr.*, el contrato de comodato, toda vez que en éste, la obligación del comodatario de restituir la cosa dada en comodato, no tiene el carácter de contraprestación, sino que es un efecto jurídico de la entrega.³⁴⁸

Asimismo, en Alemania se ha dicho que los efectos característicos de los contratos sinalagmáticos son la “*exceptio non adimpleti contractus*”, el derecho de repetir lo que se hubiera pagado en caso de que la contraparte no cumpla lo pactado y la teoría de los riesgos.³⁴⁹

Así, la doctrina ha planteado que la acción resolutoria, cuyo fin es poner término a las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático, puede fundamentarse en una estipulación contractual o en la ley. Una vez que opera la resolución, la relación subjetiva se extingue con efecto retroactivo, es decir, se considera que nunca ha existido.³⁵⁰ Para ENNECCERUS estamos frente a un derecho de modificación o derecho de formación.³⁵¹ El *BGB*, al igual que el modelo seguido por el Código civil suizo, trató de modificar ciertos elementos constitutivos del modelo francés.³⁵²

Para la doctrina germana, el derecho o facultad de resolución sólo se refiere al contrato, así, los actos ya cumplidos conforme a lo estipulado en un negocio bilateral, no se invalidan, no pudiendo reclamarse repetición de la cosa dada o entregada a un

³⁴⁸ Cfr.: VON TUHR, VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, Traducc. del alemán y concordado por W. Roces, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2007, pág. 85.

³⁴⁹ Cfr.: GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T. II, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 77.

³⁵⁰ Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., págs. 194–195.

³⁵¹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 196. En este sentido, para ENNECCERUS, “El derecho de resolución es el derecho a extinguir el total efecto del contrato obligatorio como si no hubiese sido concluido nunca y, por ende, es un derecho de modificación o de formación (tomo I § 66 I 3 a β), no estando, en consecuencia, sujeto a prescripción”. *Ídem*.

³⁵² Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 121.

tercero adquirente.³⁵³

Con todo, se debe indicar que el derecho de resolución por incumplimiento era contrario a los postulados de la pandectística germana anterior a la dictación del *BGB*,³⁵⁴ pues, se decía que el contratante cumplidor únicamente tenía derecho a exigir el cumplimiento forzado de su crédito. WINDSCHEID alegaba a favor del derecho de resolución, sosteniendo que en sí las partes, implícita o explícitamente hubieren estipulado el derecho, no es posible objetar nada a esa autonomía contractual.³⁵⁵

En el *BGB*, particularmente su primitivo § 349, se consideraba a la resolución por incumplimiento como un acto de la voluntad del acreedor dirigido al deudor,³⁵⁶ que produce sus efectos cuando éste es notificado y que presenta un carácter irrevocable.³⁵⁷ El § 349 del *BGB* no determinaba la oportunidad precisa que tenía el acreedor para declarar la resolución.³⁵⁸ Esta norma es importante, pues, a diferencia de su símil gala, la resolución no requería sentencia judicial.³⁵⁹ El *BGB* anterior a la Reforma de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, que se aprobó el 26 de noviembre de

³⁵³ Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., págs. 194–195.

³⁵⁴ Con relación al derecho de pandectas, *vid.*: BADOSA COLL, F.: *Memoria de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 271 y ss.; WINDSCHEID, B.: *Tratado de Derecho civil alemán*, T. I, vol. I, Traducc. de Fernando Hinestrosa de la octava edición, con anotaciones comparativas sobre el Derecho civil alemán de Theodor Kipp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, págs. 1 y ss.

³⁵⁵ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 42.

³⁵⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ–ROSADO, señala que: “La resolución se concebía como un remedio al incumplimiento, que operaba retroactivamente provocando que el contrato se considerase como no celebrado”. Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 116.

³⁵⁷ Cfr.: SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2004, pág. 43.

³⁵⁸ Para obtener una sinopsis del derecho obligacional existente, antes de la Reforma de 2001, *vid.*: ZIMMERMANN, R.: *The new german law of the obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 39 y ss. Por otro lado, se debe señalar que la parte que había solicitado la resolución, ya no se podía arrepentir. Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 122.

³⁵⁹ Cfr.: *Ídem*.

2001, entrando en vigencia el 1 de enero de 2002),³⁶⁰ tipificaba dos figuras similares al incumplimiento del contrato: (i) la imposibilidad (*unmöglichkeit*) y (ii) la mora (*verzug*). (i) La *unmöglichkeit* sólo excepcionalmente daba lugar a la resolución por incumplimiento (*rücktritt*), cuando la imposibilidad de la prestación es imputable al contratante incumplidor (*vom Schuldner zu vertretendes unmöglichwerden*). El contratante diligente disponía de la facultad para resolver la obligación (*rücktrittsrecht*), conforme al § 325 del *BGB*. En cambio, cuando existía una imposibilidad no imputable al deudor ni al acreedor (*nicht zu vertretendes Unmöglichwerden*), el § 275 del *BGB*³⁶¹ establecía la liberación del deudor, perdiendo la facultad para exigir la contraprestación, conforme al § 323 del *BGB*,³⁶² (*ipso iure auflösung*), es decir, el riesgo de la especie o cuerpo cierto era del acreedor.³⁶³ Por último, cuando la imposibilidad de la prestación era imputable al acreedor, el § 275 del *BGB* disponía que el deudor quedaba liberado de su obligación (*“vom gläubiger zu vertretendes unmöglichwerden”*). (ii) En el caso de mora (*verzug*), y conforme al § 326 del *BGB* primitivo, el acreedor no podía pretender la resolución de la relación jurídica, sino cuando hubiere requerido de pago al deudor,

³⁶⁰ Al respecto, *vid.*: RÖSLER, H.: “Harmonising the German Civil Code of the Nineteenth Century with a Modern Constitution—The Lüth Revolution 50 Years Ago in Comparative Perspective”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, págs. 1–36.

³⁶¹ En este sentido, EIRANOVA ENCINAS señala que: “[...] b) La relación de deuda puede extinguirse también sin que los intereses del acreedor sean satisfechos; tal es el caso de la imposibilidad (§§ 275, 323), el paso del tiempo (§ 163), la admisión de la liquidación de una condición (§ 158), la privación (§ 242), contratos de supresión y de novación (§ 305)”. EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código civil alemán. BGB*, Introducción del Prof. Hein Kötz, comentario a la reforma del Derecho de la infancia de la Prof. Dagmar Coester-Waltjen, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1998, pág. 141.

³⁶² El § 323 del *BGB* dispone que: “Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la prestación a la contraprestación; siendo parcial la imposibilidad se aminorará la contraprestación de conformidad con los parágrafos 472 y 473. [...] Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto”. *Cfr.*: CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2001, pág. 362.

³⁶³ En este sentido, CASTILLA BAREA señala que: “Como puede verse, en el Código germano se plantea el problema y le anuda unas consecuencias específicas y directamente establecidas: el acreedor de la prestación devenida imposible de forma fortuita no tendrá que realizar la prestación que le incumbía y, si ya lo hubiera hecho, podrá reclamar su restitución”. *Ídem*.

concediéndole un término (“*nachfrist*”)³⁶⁴ para cumplir su obligación. Sólo una vez transcurrido dicho plazo, surgía la opción para el acreedor, quien podía solicitar, conforme a su arbitrio, la resolución del contrato o una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento. En el caso de optar por la resolución, ésta se verificaba por la declaración de voluntad dirigida en contra del deudor.³⁶⁵

Por último, conforme al § 346 del *BGB*, verificada la resolución, el contrato se considera no celebrado (*ad initio*).³⁶⁶ Con todo, la resolución no tiene lugar en los siguientes casos: (i) cuando la cosa objeto de la prestación del contratante incumplidor, perece por culpa o dolo del titular de la acción resolutoria (§ 351 del *BGB*); (ii) o fue objeto de accesión o especificación (§ 352 del *BGB*) y (iii) en ciertos casos, cuando fue enajenada la cosa objeto del contrato (§ 353 del *BGB*).³⁶⁷

2.2.– ALGUNOS CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN, CONFORME A SU NUEVA REGULACIÓN EN EL *BGB*.

La doctrina ha señalado que tratándose de la resolución judicial, establecida por el *BGB*, esto es, prescindiendo de la resolución unilateral del acreedor, se pueden

³⁶⁴ Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 124.

³⁶⁵ Cfr.: SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Op. Cit., págs. 43–46. En este sentido, agrega SAN MIGUEL PRADERA que: “El sistema diseñado en el § 326 (1) *BGB* v. ant. que acabamos de exponer, aunque permite que el acreedor resuelva por sí mismo el contrato, también ofrece al deudor cierta protección. Esta protección es doble: por un lado, le permite disfrutar de un plazo «extra» para cumplir; por otro, impide al acreedor exigir el cumplimiento una vez que ha transcurrido dicho plazo, con lo que el deudor puede disponer de su propia prestación; es decir, el deudor puede contar con que, transcurrido el plazo, no se le puede exigir la prestación ya que, o bien se declarará la resolución del contrato, o bien se le exigirá una indemnización de daños por el incumplimiento. Curiosamente, otros ordenamientos, que también contemplan la posibilidad de que el acreedor resuelva el contrato después de otorgar un plazo adicional al deudor para que cumpla, no protegen al deudor en la misma medida que lo hace el Código civil alemán”. SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Op. Cit., pág. 47.

³⁶⁶ Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 123.

³⁶⁷ Cfr.: *Ibidem*, pág. 124.

distinguir tres hipótesis: (i) incumplimiento total de la obligación; (ii) incumplimiento parcial de la obligación y (iii) retraso en la ejecución de la obligación.

En la primera hipótesis, esto es, cuando la prestación se hace imposible de cumplir o cuando existe incumplimiento total de la misma por causa imputable al deudor, al contratante cumplidor se le concede un derecho opcional, pues está facultado para solicitar cualquiera de las siguientes cuatro cosas: (a) Solicitar una indemnización por daños y perjuicios, en este caso, deberá igualmente cumplir íntegramente con su obligación, ya que la indemnización en parte tiene el carácter de compensatoria (reemplaza al objeto de la obligación) y en parte moratoria (reemplaza la oportunidad en que debió el deudor cumplir). (b) Resolver el negocio jurídico. En este caso, las obligaciones recíprocas se extinguen, procediendo las prestaciones mutuas. El desistimiento se produce extrajudicialmente, por medio de un aviso o notificación del acreedor al contratante incumplidor, sin que aquél tenga derecho a pedir una indemnización de daños y perjuicios; (c) Puede todavía el acreedor, y sin necesidad de declaración de desistimiento, ponerse en el caso de que la obligación se ha extinguido y no ejecutar su prestación y (d) El acreedor puede solicitar la entrega del “*commodum subrogatus*”, cuando su valor no exceda al de la prestación adeudada, con la necesidad de reducción de su contraprestación, (§§ 281 y 323 del *BGB*). Ahora bien, salvo el desistimiento, que tiene el carácter de irrevocable, una vez que opta por alguna de las otras facultades, puede el acreedor, según la opinión mayoritaria, cambiar de petición, y solicitar alguna de las otras facultades.³⁶⁸

En cuanto al juicio valorativo de esta normativa, la doctrina, en general, ha dicho que la parte que reclama una indemnización de perjuicios, está solicitando las ventajas que le hubiera reportado el contrato.³⁶⁹ En el caso de solicitar el desistimiento del

³⁶⁸ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 43–44.

³⁶⁹ En este sentido, ya en 1929, STOLL había tratado de superar la contradicción entre la resolución y la

contrato, el acreedor desea desligarse del vínculo obligacional.³⁷⁰ Con todo, es beneficioso que el acreedor tenga la opción para elegir entre varias alternativas posibles. En el nuevo *BGB*, se concibe a la resolución, no como un medio de terminación de la relación obligatoria, sino que como una forma de transformación de la misma, pues, se cristaliza en una relación contractual atípica, que supone para las partes la necesidad de ejecutarse las prestaciones mutuas (*“Rückgewährschuldverhältnis”*). Esta compatibilidad se encuentra explicitada en el § 325 del nuevo *BGB*.³⁷¹

(ii) En caso de cumplimiento parcial de la obligación, si la parte incumplida resultare imposible de pagar, el contratante cumplidor se encuentra legitimado para solicitar una indemnización de perjuicios, pidiendo la ejecución de la parte que falta y que no se ha hecho imposible de cumplir. Con todo, si acredita que este cumplimiento parcial no le beneficia, el acreedor puede solicitar una indemnización de perjuicios por el total de la prestación, debiendo ejecutar a su vez su propia prestación, o bien, puede rescindir el contrato o hacer uso del § 323 del *BGB*, es decir, alegar una imposibilidad total no imputable al contratante incumplidor, con el fin de subrogarse en las acciones de éste.³⁷²

(iii) Por último, existiendo un retraso en el cumplimiento de la obligación, se aplica el § 326 del *BGB*, que dispone: “Si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra puede señalarle un plazo prudencial para la realización de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo está autorizada a exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento o a desistir del

indemnización de daños y perjuicios. Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 126–127.

³⁷⁰ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 44–45.

³⁷¹ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 126.

³⁷² Cfr.: *Ibidem*, pág. 45.

contrato, si la prestación no está realizada a tiempo; la prestación al cumplimiento está excluida. Si la prestación hasta el transcurso del plazo, no es efectuada en parte, se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 325, párrafo 1.º, inciso 2.º. Si el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte a consecuencia de la mora, le corresponden los derechos indicados en el párrafo 1.º sin que sea necesaria la determinación de un plazo”.³⁷³ Es decir, el acreedor que ha constituido en mora a su deudor, tiene una opción: (a) Solicitar la ejecución forzada más una indemnización de daños y perjuicios moratorios. (b) Notificar al deudor incumplimiento, mediante aviso extrajudicial, la concesión de un plazo de gracia, con la advertencia de que vencido éste, se negará a recibir el pago de la obligación. En caso de transcurrir este término sin que el deudor cumpla lo debido, el acreedor cumplidor puede exigir una indemnización por el total de la prestación incumplida, debiendo ejecutar su prestación, o bien, puede solicitar la terminación del contrato. Cuando, atendida la mora del deudor, la ejecución tardía de la obligación no le reportare ningún beneficio al acreedor, toda vez que perdió el interés en el contrato, puede el acreedor, elegir inmediatamente entre una indemnización de daños y perjuicios o la resolución del contrato.³⁷⁴

Los principales caracteres de esta nueva **resolución por incumplimiento** prevista en el § 323 del *BGB* son: (a) La resolución por incumplimiento opera con prescindencia de la imputabilidad del deudor;³⁷⁵ (b) Cuando el contratante cumplidor opta por la resolución del contrato, igualmente tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios; (c) El principio general es el de mantenimiento del negocio jurídico, por ello, se da preferencia al cumplimiento, pues, aun optando por la resolución, el acreedor debe esperar un plazo para poder declarar la resolución del contrato, salvo que la ley prevéa que se puede declarar la resolución inmediatamente;

³⁷³ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 43.

³⁷⁴ Cfr.: *Ibidem*, págs. 45–46.

³⁷⁵ Al respecto, *vid.*: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 127.

(d) Como queda claro, ya no se distingue entre imposibilidad y mora, sino que, la resolución del contrato se apoya en la noción de incumplimiento o en la lesión de la prestación;³⁷⁶ (e) El sistema del *BGB*,³⁷⁷ a diferencia del modelo francés (en que se necesita de una sentencia judicial que decrete la resolución del contrato, y se le concede un amplio margen de discrecionalidad al juez), se sustenta principalmente sobre la base de resolución unilateral del acreedor, ya que, éste puede, una vez constituido en mora el deudor, fijarle un plazo razonable para que cumpla, vencido el cual, puede reclamarle una indemnización por daños y perjuicios o entender resuelto el contrato *ipso iure*. Si se promoviere un juicio, el tribunal se limitará a constatar que se hayan reunido los requisitos de la resolución;³⁷⁸ (f) La acción redhibitoria se configura como una verdadera resolución (§§ 437 y 634 del *BGB*);³⁷⁹ (g) La llegada del plazo no supone la resolución del contrato, sino que origina dos remedios para el acreedor: resolución e indemnización de daños y perjuicios (§§ 281 y 323 del *BGB* respectivamente);³⁸⁰ (h) Junto con la resolución, existe otra figura similar, que opera en los contratos de tracto sucesivo, la llamada denuncia (*Kündigung*), que tiene efectos únicamente para el devenir.³⁸¹ El § 323 del *BGB*,³⁸² cuyo epígrafe es “*Rücktritt wegen nicht oder nicht*

³⁷⁶ Cfr.: SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Op. Cit., págs. 47–49.

³⁷⁷ En este mismo sentido, el CÓDIGO CIVIL AUSTRIACO dispone en su artículo 918 que: “Si un contrato a título oneroso no es ejecutado por una de las partes ya en el tiempo o en el lugar oportuno, ya en la forma determinada, la otra parte puede o bien pedir la ejecución y daños y perjuicios por el retraso, o bien, bajo la fijación de un plazo apropiado para la ejecución, declarar la rescisión del contrato. Si la ejecución es divisible para las dos partes, la rescisión por retraso en la entrega de una prestación parcial puede no ser declarada más que por esta parte o también por todas las prestaciones parciales que quedan por ejecutar”. Por su parte, el artículo 107 del CÓDIGO FEDERAL SUIZO DE LAS OBLIGACIONES, dispone que: “Cuando en un contrato bilateral una de las partes está en mora, la otra puede fijar o hacerle fijar por la autoridad competente un plazo oportuno para ejecutar. Si la ejecución no ha mediado a la expiración de este plazo el derecho de pedirla y de pedir indemnización por causa de retraso puede siempre ser ejecutado; sin embargo, el acreedor que ha hecho declaración inmediata de ello, puede renunciar a este derecho y reclamar daños y perjuicios por causa de indemnización o apartarse del contrato”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 47 y 48, respectivamente.

³⁷⁸ Cfr.: *Ibidem*, pág. 46.

³⁷⁹ Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 127.

³⁸⁰ Cfr.: *Ibidem*, págs. 126–127.

³⁸¹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 130.

vertragsgemäß erbrachter Leistung” (“Resolución por prestación no realizada o no realizada conforme a Derecho”), se erige como la norma capital en materia de resolución por incumplimiento. Establece que el acreedor puede declarar la resolución, después de transcurrido un plazo adicional fijado por éste, y sin que el deudor haya cumplido su obligación.³⁸³ Como se dijo la regla general es que el acreedor deba fijarle un plazo adicional al deudor para que cumpla, salvo cuando la ley lo faculte para declarar la resolución del contrato, con el simple aviso (*abmahnung*) al deudor. El § 323, apartado 4º, del *BGB*, prescinde de la culpabilidad del deudor,³⁸⁴ ya que la resolución procede aun cuando el deudor no se encuentre constituido en mora, salvo cuando el incumplimiento le sea imputable al acreedor o se haya manifestado cuando éste se encontraba en mora.³⁸⁵ Es interesante analizar este § 323, apartado 1º del *BGB*,

³⁸² Esta norma reza lo siguiente: “Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación; siendo parcial la imposibilidad se aminorar la contraprestación de conformidad con los párrafos 472 y 473. Si la otra parte exige, según el párrafo 281, la entrega de la indemnización obtenida por el objeto debido o cesión de la prestación de indemnización, queda obligada a la contraprestación; ésta se aminorar, sin embargo, de conformidad con los párrafos 472 y 473, en la medida que el valor de la indemnización o de la pretensión de indemnización quede por debajo del valor de la prestación debida”. Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 42–43.

³⁸³ En este sentido, se ha dicho que esa manifestación de voluntad del acreedor, encaminada a obtener la resolución del contrato, constituye un negocio jurídico. Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., págs. 194–195. Este autor señala que: “La resolución se hace mediante una declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte contratante (§ 349). La declaración es un negocio jurídico (que determina el efecto jurídico que se califica de querido, o sea el de que el contrato se considera como no celebrado); es, pues, irrevocable. Por tanto, las obligaciones contractuales extinguidas no podrían restablecerse sino mediante conclusión de un nuevo contrato, que necesitaría, en su caso, la forma prescrita para el mismo”. *Ibidem*, pág. 201.

³⁸⁴ En este sentido, señalan EHMANN y SUTSCHET lo siguiente: “En la medida que se facilitan las condiciones de desistimiento del requisito de la culpabilidad se limita necesariamente el principio *pacta sunt servanda*; porque existe un derecho legal de desistimiento del acreedor para todos los casos de prestación fuera del tiempo o no conforme al contrato (es decir con vicios materiales o jurídicos) después del vencimiento sin éxito del plazo fijado”. EHMANN, H. y SUTSCHET, H.: *La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones*, con la colaboración de Thomas Finkenauer y Wolfgang Hau, Traducc. de Claudia López Díaz y Ute Salach, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 174.

³⁸⁵ Cfr.: SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Op. Cit., págs. 49–50. En este sentido, ENNECCERUS señala que: “[...] 2. Se excluye también la resolución cuando el titular de esa facultad transforma la cosa recibida, o una parte importante de la misma, en una cosa de otra especie (§ 352), y lo mismo podría suponerse cuando la transformación ha

pues a mi juicio, esta norma consagraría la teoría de la frustración del fin del contrato, ya que hace alusión a una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte. Se trata de una circunstancia imprevisible al tiempo de contratar, que altera de tal manera la prestación de una de las partes, que hace perder la contraprestación,³⁸⁶ o sea, destruye el vínculo obligacional, pues desaparece la base objetiva del negocio jurídico.³⁸⁷

La imposibilidad se encuentra regulada en el § 326 del *BGB*, que se refiere a las hipótesis en que el acreedor no le puede cobrar su crédito al deudor, sea por imposibilidad o por otra causa (§ 275 del *BGB*). El § 326, apartado 1º del *BGB*, establece que el deudor que se libera de su obligación, pierde su pretensión a la contraprestación (el riesgo es del acreedor), salvo que el acreedor esté en mora de recibir el pago o haya sido el único causante de la imposibilidad de cumplimiento. En definitiva, las dos novedades más destacables de la Reforma de 2001 son: (i) se establece un sistema objetivo de resolución por incumplimiento; y (ii) La resolución es compatible con la indemnización de daños y perjuicios, (§ 324 del *BGB*).³⁸⁸

En definitiva, con el fin de precisar los efectos de la imposibilidad, se distinguen dos hipótesis: (i) Si la imposibilidad no le es imputable al deudor, entonces, éste queda liberado de su obligación, (§ 275 del *BGB*).³⁸⁹ No tiene sentido, en este caso, fijarle un

sido hecha por su representante legal o por su auxiliar”. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., pág. 202.

³⁸⁶ Recordemos que la base objetiva del negocio jurídico se pierde, entre otros casos, cuando el vínculo de correspondencia entre las prestaciones recíprocas se rompe, de manera que ya no es posible hablar de contraprestación. Cfr.: COLEGIO DE ABOGADOS DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.: *Resolución contractual*, Informe de Investigación CIJUL, Centro de Información en línea, en <[www.http://aslegalcr.com](http://aslegalcr.com)>, págs. 5–6.

³⁸⁷ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 42.

³⁸⁸ Cfr.: SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Op. Cit., pág. 50.

³⁸⁹ El § 275 del *BGB*, titulado “Exclusión del deber de prestación”, dispone que: “(1) La pretensión a la

término para que el deudor cumpla con su obligación, pues, la prestación se ha hecho imposible.³⁹⁰ (ii) Cuando la imposibilidad es imputable al acreedor, el deudor mantiene su prestación, (§ 326 n° 2 del *BGB*).³⁹¹ Lo mismo se aplica cuando es el deudor el que, por culpa o dolo, hace imposible la prestación, salvo que el acreedor se encuentre en mora, (§ 326 n° 2 del *BGB*).³⁹²

En Alemania, la facultad resolutoria se extingue, cuando ha expirado el término voluntario fijado en la convención. En caso de no haberse pactado un plazo, el acreedor diligente puede fijarle un término prudencial para que el deudor cumpla su obligación.³⁹³

Un aspecto importante tratado en la doctrina alemana, es la posibilidad de resolver una relación jurídica, cuando se hayan alterado las circunstancias, desapareciendo la base del negocio jurídico.³⁹⁴ En este caso, se ha dicho que el “*pacta*

prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona [...]”. Cfr.: LAMARCA i MARQUÈS, A. (Direct.): *Código civil alemán, concordancias y ley de introducción al Código civil*, Traducc. por Albert Lamraca i Marquès, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pág. 83.

³⁹⁰ Cfr.: EHMANN y SUTSCHET, *La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones*, Op. Cit., pág. 178.

³⁹¹ El § 275 del *BGB*, titulado “Liberación de la contraprestación y resolución en caso de exclusión del deber de prestación”, dispone que: “(1) Si de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, el deudor no debe cumplir la prestación decae el derecho a la contraprestación; para la prestación parcial se aplica por analogía el § 441, apartado 3. El inciso 1 no rige si, para el caso de falta de prestación según contrato, el deudor no debe realizar la corrección del cumplimiento de acuerdo con § 275, apartados 1 a 3. (2) Si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia por causa de la cual el deudor no debe cumplir la prestación, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, o bien si esta circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación, el deudor conserva la pretensión a la contraprestación. Sin embargo, él debe dejarse deducir lo que, como consecuencia de la liberación de la prestación, ha ahorrado o ha ganado con el empleo de su trabajo en otras actividades o maliciosamente ha dejado de obtener [...]”. Cfr.: LAMARCA i MARQUÈS, *Código civil alemán, concordancias y ley de introducción al Código civil*, Op. Cit., pág. 104.

³⁹² Cfr.: EHMANN y SUTSCHET, *La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones*, Op. Cit., pág. 179.

³⁹³ Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., pág. 203.

³⁹⁴ En este sentido, se ha dicho que: “La doctrina alemana considera al respecto que para proceder a tal valoración [criterio objetivo para determinar la gravedad del incumplimiento] se deben tener en cuenta todas las circunstancias posteriores a la estipulación del contrato, incluso de aquellas que no fueran

sunt servanda”, impone a los contratantes el cumplimiento cabal y oportuno de sus obligaciones, en los términos convenidos. Sin embargo, los contratantes, al pactar el negocio jurídico en cuestión, se representan de forma, más o menos conciente, las consecuencias que tendrá ese acto: económicas, jurídicas, morales, o de cualquiera otra índole. Por lo tanto, las partes tienen en mente un fin que deberá ser alcanzado por los efectos del negocio por ellas celebrado. Por lo anterior, el negocio deberá seguir produciendo en el futuro esos efectos, pues, el contratante cuenta con que se sigan verificando las condiciones originales. La pregunta que surge es, ¿qué ocurre cuando por un hecho ajeno a la voluntad de los contratantes, las expectativas de los contratantes no son alcanzadas porque las circunstancias originales han variado? Se podría pensar que la variación de esas circunstancias tenidas en cuenta al momento de celebrar el negocio, constituyen una condición, de tal suerte que para el acreedor se produce un beneficio, el que a su vez debe ser soportado como carga por el sujeto pasivo. Sin embargo, en este punto entran en juego otras cuestiones, como la necesidad de atribuir una cierta estimación a la finalidad del negocio y a la intención de las partes.³⁹⁵ Es en este punto donde surge la llamada teoría *rebus sic stantibus*, cuyo objeto es lograr la

previsibles, y por lo tanto se debe imputar al deudor la disminución del interés del acreedor siempre que exista la causalidad adecuada respecto a su incumplimiento, incluso si el evento final o efecto no era previsible al tiempo de la conclusión del contrato. En otras palabras, la doctrina germánica aplica plenamente a la institución de la resolución las normas y principios vigentes en materia de resarcimiento de daños. Sobre este punto son de notar dos cosas. En primer lugar, que puesto que se trata de instituciones diversas, la aplicación a la primera de las normas que rigen la segunda sólo se deben admitir cuando se pueda hacer por analogía. En segundo, que la reglamentación del resarcimiento de daños en el derecho germánico difiere de la nuestra por cuanto falta en aquel derecho una norma que como nuestro art. 1.225 limite la indemnización de los daños imprevisibles cuando el incumplimiento tenga origen doloso”. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., págs. 29–30. Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS señala que: “Para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio es menester, según dichos tratadistas, un triple requisito: 1.º Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2.º Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuiría valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición. 3.º Que en el caso de que la inseguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder, procediendo de buena fe”. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 623.

³⁹⁵ Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., pág. 208.

modificación o extinción de un negocio jurídico, en el cual el deber de uno de los contratantes, sin constituir un caso fortuito o fuerza mayor, se torne, por una circunstancia imprevisible al tiempo de contratar, en un deber notablemente más gravoso y le signifique un esfuerzo desproporcionado, rompiendo así, el equilibrio conmutativo del contrato.³⁹⁶

La doctrina concluye que, la idea de equivalencia, sobre la base de la equidad natural, produjo que se permitiera la resolución por causa de alteración de la circunstancias, fundamentándose este derecho en la teoría de la presuposición de WINDSCHEID y en la buena fe.³⁹⁷ Así, la jurisprudencia alemana declaró la resolución del contrato, en el caso de que la prestación de uno de los contratantes se alterara esencialmente por un factor externo, como la guerra o una revolución, convirtiéndose en una prestación nueva, distinta de la primitiva, contrariándose así el principio de la buena

³⁹⁶ En este sentido, ENNECCERUS, señala que: “En la antigua teoría del derecho común, se desarrolló la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual todo contrato obligatorio sólo era vinculante mientras las circunstancias, bajo las cuales fue concluido, no se hubiesen modificado en lo fundamental. Este principio fue reconocido también en algunos códigos, como en el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, Parte IV, Capítulo 15 y en el *Landrecht* prusiano I 5 § § 377 al 384. Pero la jurisprudencia del derecho común se apartó definitivamente del pensamiento de la cláusula por razón de sus peligros para la seguridad contractual. En cuanto al derecho civil, la cláusula fue defendida, como principio general, especialmente por Stahl. Pero la doctrina dominante y también el Tribunal del *Reich* la rechazaron con razón y concedieron únicamente que el pensamiento fundamental de la cláusula estaba reconocido en algunas disposiciones aisladas, que a lo sumo permitían una analogía singular (analogía *legis*), pero no, en cambio, su extensión para elevarla a principio general (analogía *iuris*) [...]”. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., pág. 209.

³⁹⁷ La doctrina germana ha sostenido que “[...] la cláusula *rebus sic stantibus* no debe entenderse como pretendía la vieja teoría sobreentendida en todo contrato, sino como una norma de derecho objetivo introducida por la equidad. Entendida en tal sentido, donde obra la cláusula el deudor puede liberarse de la obligación contratada mediante la excención o rescisión, pero de modo que los intereses legítimos de la otra parte no sean sacrificados del todo”. TERRAZA MARTORELL, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Op. Cit., pág. 49. Vid.: ECKL, C.: “Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 41–52; JALUZOT, B.: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de Droit français, allemand et japonais*, Éditions Dalloz, Paris, 2001, págs. 243 y ss. Aun cuando, algunos autores, plantean que la aplicación efectuada por los tribunales alemanes del § 242 del *BGB* ha sido exagerada. En este sentido se pronuncia WIEACKER. Cfr.: WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Cuadernos Civitas, Traducc. de José Luis Carro, Prólogo de Luis Díez-Picazo, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, pág. 25.

fe.³⁹⁸ Igual camino tomó la jurisprudencia italiana, (sentencias de casación de fecha 11 de marzo de 2006; 23 de septiembre de 2004 y 10 de febrero de 2003).³⁹⁹

3.– DERECHO FRANCÉS.

3.1.– CUESTIONES PRELIMINARES.

En primer lugar, y dentro del marco de Reforma del Derecho Europeo de las Obligaciones y Contratos, se enmarcan las tres propuestas que, en Francia, se han elaborado para la modificación del Derecho de las obligaciones y contratos. La tendencia reformista se hizo patente, a partir de la Celebración del Bicentenario del *Code* francés.⁴⁰⁰ Estas propuestas son: (i) el llamado “Proyecto Catala”, elaborado por varios profesores de Derecho civil, presididos por el jurista Pierre Catala; (ii) el “Proyecto de la Chancellerie”,⁴⁰¹ y (iii) El “Proyecto Terré”, cuya elaboración estuvo a cargo de una comisión presidida por el Profesor François Terré, que elaborará un conjunto de observaciones al Proyecto de la Chancellerie.⁴⁰² Los mencionados

³⁹⁸ Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., pág. 211.

³⁹⁹ Al respecto, *vid.*: PUTTI, P. M.: “Capitolo XXXIII. La risoluzione”, *Diritto civile*, vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale, Nicolò Lipari, Pietro Rescigno y Andrea Zoppini, (Coord.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, págs. 1139 y ss.

⁴⁰⁰ En este sentido, expresa PIZARRO WILSON lo siguiente: “En lugar de la complacencia por tener un código vigente después de doscientos años, se realizó una mirada crítica al Derecho positivo en innumerables coloquios y congresos. Si bien se trató de una fiesta en honor al *Code*, no faltaron las miradas críticas para un Derecho en grandes parcelas con un cierto anquilosamiento. La excepción no fue el Derecho de las obligaciones”. Cfr.: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁴⁰¹ En este sentido, como expresa PIZARRO WILSON: “[El llamado Proyecto] «de la *Chancellerie*» que surgió desde el mundo judicial bajo el alero de una profesora comparatista, recibiendo a los profesores de Derecho civil en audiciones en que emitían sus opiniones, mas sin participar realmente en la redacción de los textos legales. Este proyecto marca una apertura significativa al Derecho común europeo al considerar sin remilgos los instrumentos internacionales y transnacionales relativos al Derecho de los contratos”. *Ídem*.

⁴⁰² En este sentido, DE VINCELLES señala que: “*Trois modifications importantes de notre droit sont ici proposée: l'introduction légale de la résolution par notification, celle également de la résolution*

proyectos, aunque se refieren a todo el Derecho de las obligaciones, se centran precisamente en el incumplimiento contractual, por ello, es de vital importancia, hacer alusión a ellos en este apartado, y, analizarlos con cierto nivel de detalle.⁴⁰³

En Francia, la idea de una Reforma del Derecho de las obligaciones,⁴⁰⁴ se apoya en los esfuerzos a nivel europeo, para lograr una legislación comunitaria. Además, algunos países como Holanda y Alemania han avanzado en esta materia, reformando su legislación. Principalmente la Reforma alemana ha tenido un especial impacto en la doctrina francesa y española, pues, Alemania, siendo pionera en esta materia, podría imponerse al resto de los miembros de la Comunidad Europea, y erigirse como el modelo de variadas legislaciones a nivel mundial.⁴⁰⁵

En honor a la verdad, la idea de un Código civil europeo se ve lejana, aun cuando las variadas directivas europeas intentan darle una mayor competitividad al Derecho obligacional. Es en este marco que se gestaron las propuestas de reforma del

*anticipée et l'effet désormais non rétroactif de l'anéantissement du contrat. deux préoccupations ont constamment animé les différentes propositions. Tout d'abord, les fondements traditionnels de la résolution ont été préservés, permettant ainsi d'assurer, autant que possible, la force obligatoire du contrat et la protection du débiteur, mais en recherchant, davantage que dans notre droit actuel, à éviter le recours au juge. Dès lors que l'anéantissement du contrat test justifié, les droits du créancier l'emportent sur ceux du débiteur, et l'anéantissement du contrat test facilité dans sa mise en œuvre comme dans ses effets. Un rapprochement avec nos droits européens, ensuite, a été recherché lorsque les solutions nous paraissaient justifiées. À différence de l'article 1184 du Code civil, il n'est pas apparu nécessaire de limiter la résolution aux contrats synallagmatiques, comme le fait le projet Catala". DE VINCELLES, C. A.: "La résolution du contrat pour inexécution", *Pour une réforme du Droit des contrats*, François Terré (Direct.), Éditions Dalloz, Paris, 2009, pág. 269.*

⁴⁰³ Cfr.: PIZARRO WILSON, "Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos", Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁴⁰⁴ Vid.: GIROLAMI, G.: "Modernità e tradizione nel Diritto dei contratti: I Progetti di Fiforma del Code Napoléon nella prospettiva del giurista italiano", *Rivista di Diritto civile*, anno LVIII, n° 2 marzo–aprile, C. Massimo Bianca, Francesco D. Busnelli, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giovanni Gabrielli, Antonio Gambaro, Natalino Irti, Giorgio Oppo, Andrea Proto Pisani, Pietro Rescigno, Rodolfo Sacco, Vincenzo Scalisi, Piero Schlesinger, Paolo Spada y Vincenzo Varano, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2012, págs. 247 y ss.

⁴⁰⁵ Las necesidades del comercio actual, imponen el deber de ajustar las vetustas normas del CODE a los nuevos tiempos, así lo reconocen en Francia. Cfr.: COLLART DUTIEUL, F. y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, Éditions Dalloz, Paris, 2007, págs. 40 y ss.

Derecho obligacional en Francia. Ante la posible pérdida de influencia del Derecho francés, (frente a los sistemas anglosajón y alemán), y la conservación de cierta identidad nacional, se justificaba un cierto hálito reformista, que infundía una mayor dosis de modernismo al *Code*, ajustándolo a los nuevos tiempos.⁴⁰⁶ Los aires reformistas han sido resistidos por la mayor parte de la doctrina francesa.⁴⁰⁷

Con el fin de presentar la actual regulación del derecho de opción en Francia, es necesario partir por aspectos de carácter general, para luego entrar de lleno en el análisis del tema principal. En segundo lugar, se debe señalar que, el artículo 1102 del *Code* define a los contratos sinalagmáticos o bilaterales, en los siguientes términos: “El contrato es sinalagmático o bilateral cuando los contratantes se obligan recíprocamente los unos frente a los otros”.⁴⁰⁸ Por su parte, el artículo 1103 del mismo cuerpo normativo,⁴⁰⁹ dispone que: “Es unilateral cuando una o varias personas están obligadas frente a una o varias otras, sin que de parte de estas últimas haya obligación”.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Al respecto, y con relación a la influencia del CODE en diversos ordenamientos jurídicos, *vid.*: REVET, T. (Direct.): *Code civil et modèles. des modèles du Code au Code comme modèle*, Ouvrage collectif, Tome 6, L.G.D.J., Paris, 2005, págs. 433 y ss.

⁴⁰⁷ *Cfr.*: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁴⁰⁸ El artículo 1102 del CODE dispone que: “*Le contrat synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres*”. CODE CIVIL, 110^e édition, Edition 2011, Op. Cit., pág. 1227.

⁴⁰⁹ Esta norma permite a los jueces “moderar” la aplicación de la negligencia, como causal de responsabilidad. *Cfr.*: PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ Y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, 2000, Op. Cit., pág. 305. Estos mismos autores, señalan que: “El problema reside en concretar el alcance de la moderación que se autoriza, sobre todo si se advierte que no se ha identificado un precedente seguro de nuestra norma, que los autores proponen interpretaciones diversas y que los tribunales invocan el precepto como «auténtico cajón de sastre o artículo comodín»”. *Ídem*.

⁴¹⁰ El artículo 1103 del CODE decreta lo siguiente: “*Il est unilatéral lorsqu’une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d’engagement*”. *Ibidem*, pág. 1127. En este sentido, CANIN, expresa que: “*Le contrat unilatéral ne crée d’obligations qu’à la charge d’un seul contractant. Chacun des contractants est, en effet, uniquement créancier ou débiteur. Par exemple, dans le prêt (contrat de restitution comme le dépôt), seul l’emprunteur est tenu d’une obligation (la restitution de la chose prêtée). Le prêteur est, lui, créancier sans cependant être tenu corrélativement d’une obligation. En effet, la remise de la chose par le prêteur, élément de formation du contrat réel qu’est le prêt, [...] n’est aucunement par la suite objet d’une obligation. D’autres contrats*

En los contratos bilaterales o sinalagmáticos⁴¹¹ (denominación utilizada usualmente en Francia),⁴¹² se crean obligaciones recíprocas⁴¹³ y, por tanto, cada contratante, es acreedor y deudor a la vez, surgiendo una interdependencia entre ellas.⁴¹⁴ Es decir, el criterio de distinción entre ellos es la existencia de una “[...] *réciprocité et l’interdépendance des obligations des parties au contrat* [...]”.⁴¹⁵ Siendo la importancia de la distinción, el hecho de que sólo en los contratos sinalagmáticos pueden operar: (i) la excepción *non adimpleti contractus*; (ii) la resolución judicial⁴¹⁶ y (iii) los riesgos.⁴¹⁷

que les contrats de restitution sont unilatéraux: la promesse de payer une Somme d’argent, la donation, la cautionnement”. CANIN, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., págs. 55–56.

⁴¹¹ En este sentido, el francés CANIN, señala que: “*La caractéristique du contrat synallagmatique est qu’il fait naître des obligations réciproques (chacune des parties contractantes étant à la fois créancière et débitrice) et interdépendantes (chaque obligation servant de cause à l’autre). Par exemple, en matière de contrat de vente, si le vendeur s’oblige à livrer la chose, c’est parce que, corrélativement, l’acquéreur s’engage à en payer le prix. Autres exemples de contrats synallagmatiques: le louage de choses, le contrat de société, le mandat, le contrat de travail*”. *Ibidem*, pág. 23.

⁴¹² Sobre este punto, *vid.*: LARROUMET, C.: *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, T. III, 5e édition, Ed. Economica, Paris, 2003, págs. 156–157.

⁴¹³ En este sentido, los hermanos MAZEAUD señalan lo siguiente: “*Dans les contrats synallagmatiques ou bilatéraux, les obligations créées sont réciproques: chacun des contractants est, à la fois, créancier et débiteur; ces obligations ont pour cause celles de son cocontractant: chacun s’engage envers l’autre, parce que l’autre s’engage envers lui. Plus que réciproques, ces obligations sont interdépendantes: l’existence des unes est subordonnée à celle des autres. C’est le cas de nombreux et très importantes contrats: la vente, l’échange, le louage, etc.*”. MAZEAUD; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., pág. 81.

⁴¹⁴ *Cfr.*: MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS, F.: *Derecho civil, Obligaciones*, T. I, Traducc. de Luis Andorno, Zavallia Editor, Buenos Aires, 1997, pág. 126.

⁴¹⁵ *Cfr.*: CANIN, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 56. En este mismo sentido, SAVATIER señala que: “*Le contrat synallagmatique est celui dans lequel chacune des parties stipule, respectivement, une créance, contre l’autre, en retour de l’obligation qu’elle contracte envers lui. Dans le contrat unilatéral, au contraire, celui qui stipule une créance ne s’oblige pas, lui-même, en retour; et celui qui s’oblige n’estipule pour lui aucune créance*”. SAVATIER, R.: *La théorie des obligations en Droit privé économique*, Quatrième édition, Dalloz, Paris, 1979, pág. 175.

⁴¹⁶ En este sentido, SAVATIER plantea que: “*Mais le principal intérêt du contrat synallagmatique consiste dans la réciprocité juridique des créances respectives. Toutes les fois que la convention ou l’usage veulent qu’une des parties s’exécute après l’autre, cette réciprocité autorise, d’abord, celle-ci à retenir ce qu’elle doit, aussi longtemps que ce qui lui est dû n’est pas encore payé. C’est l’exemption non adimpleti contractus. Plus tard, celui des contractants qui souffre de l’inexécution ou d’une mauvaise exécution du contrat, de la part de l’autre, peut obtenir judiciairement, contre lui, la résolution du contrat, par exemple, pour un vendeur du contrat de vente si le prix n’est pas payé, reprenant, ainsi, la propriété qu’il avait aliénée, est une garantie essentielle du paiement du prix*”. *Ibidem*, págs. 177 y 178.

⁴¹⁷ *Cfr.*: MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS, *Derecho civil, Obligaciones*, T. I, Op.

Aun cuando, en este sentido, algunos autores señalan que, el derecho de opción también opera tratándose de los contratos unilaterales.⁴¹⁸

En este sentido, y como ya se ha dicho, el artículo 1184 del *Code*, dispone que: “La condición resolutoria se considera siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el supuesto de que alguna de las partes no cumpla sus obligaciones. En este caso el contrato no queda resuelto de pleno derecho. La parte en cuyo favor no haya sido ejecutada la prestación puede optar entre exigir a la otra el cumplimiento del contrato, si ello es posible, o demandar la resolución con el pago de los daños y perjuicios.”⁴¹⁹ La resolución debe ser reclamada judicialmente y según las circunstancias,

Cit., págs. 128–129. Con relación a los riesgos de la especie o cuerpo cierto, en España, CASTILLA BAREA señala que: “El antecedente más directo de nuestro art. 1182 C.c. en el Derecho comparado, el art. 1302 del *Code Napoléon*, no nos aporta ningún dato nuevo que permita contradecir la conclusión expuesta: tampoco de su lectura puede extraerse que el legislador francés primero, y el español después por su influencia, pretendieran consagrar la extinción de una contraprestación por la previa y fortuita de la correspondiente. En efecto, el primer párrafo del art. 1302, contenido en la Sección VI del Capítulo V del Título III del Libro Tercero del Código Civil francés, bajo la rúbrica «*De la perte de la chose due*», (idéntica, como puede observarse, a la rúbrica de la Sección que regula la imposibilidad sobrevenida en nuestro Código Civil), establece lo siguiente: «Cuando el cuerpo cierto y determinado que era objeto de la obligación, viene a perecer, es puesto fuera del comercio, o se pierde de manera que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue si la cosa ha perecido o se ha perdido sin culpa del deudor y antes de que estuviera en mora». Fácilmente puede comprobarse que el párrafo traducido no contiene alusión alguna a las obligaciones bilaterales, del mismo modo que no hace ninguna referencia a la suerte de la contraprestación recíproca cuando, dándose las circunstancias en él previstas, se produce la extinción de una prestación debida. Lejos de esclarecernos la cuestión, este precepto suscita los mismos interrogantes que nuestro art. 1182, por ejemplo, en cuanto al alcance del término «obligación», lo que no es de extrañar teniendo en cuenta que el Código galo fue mucho más que una fuente de inspiración para la elaboración del nuestro ... parece ser que, al igual que nuestro legislador decimonónico, los redactores del *Code*, por lo demás enormemente casuistas, no tuvieron en cuenta las peculiares obligaciones bilaterales al abordar el régimen de la pérdida de la cosa debida y se conformaron con aportar unas soluciones aplicables a la paradigmática y sencilla obligación unilateral”. CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Op. Cit., págs. 361–362. En este mismo sentido, vid. también: BIHR, P.: *Droit civil général*, Éditions Dalloz, Paris, 2008, pág. 204; MILLET, F.: *La notion de risque et ses fonctions en Droit privé*, Préface A. Benabent et A. Lyon-Caen, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L. G. D. J., Clermont, 2001, págs. 20 y ss.; SAVATIER, *La théorie des obligations en Droit privé économique*, Op. Cit., págs. 177 y 178; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 129.

⁴¹⁸ Cfr.: CANIN, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 83.

⁴¹⁹ Con relación al apartado 2º del artículo 1184 del CODE, se ha dicho que: “*La jurisprudence a repris cette règle en décidant que «la partie envers laquelle un engagement contractuel n’a point été exécuté a la faculté de forcer l’autre à l’exécution de la convention lorsque celle-ci est possible».* Malgré la

puede otorgarse un plazo al demandado”.⁴²⁰ En Francia,⁴²¹ al igual que en Bélgica,⁴²² la doctrina moderna habla de opción.

3.2.– FUNDAMENTO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA TÁCITA EN EL DERECHO FRANCÉS.

Sin pretender repetir lo dicho en torno a esta materia en el Capítulo Primero, me centraré exclusivamente en algunos postulados expresados por la doctrina francesa respecto del fundamento del derecho de opción.

Existe, para los clásicos, una voluntad presunta de las partes, en el sentido de que cuando se obligan dos partes recíprocamente, cada contratante presta un consentimiento condicional para formar el acto jurídico, pues, se obliga porque la contraparte a su vez también se obliga. Es así, como se gesta la *exceptio non adimpletis contractus* y el derecho de resolución por incumplimiento contractual. En este sentido, las normas del Código civil francés que se refieren a la *exceptio non adimplenti contractus*, son: los artículos 1612⁴²³ y 1653⁴²⁴ (a propósito del contrato de

généralité de ces terms, il convient d'opérer une distinction entre les obligations de donner, d'une part, et les obligations de faire et de ne pas faire, d'autre part. Mais, avant, il est possible de s'arrêter sur le cas particulier des obligations monétaires, c'est-à-dire portant sur des sommes d'argent". POUMARÈDE, M.: *Cours Droit des obligations*, Montchrestien, Lextenso Éditions, Paris, 2011, pág. 335.

⁴²⁰ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 17.

⁴²¹ En este sentido, LÉGIER señala que: “[...] l'al. 2 de l'art. 1184 offre au créancier une option: soit demander la résolution, soit exiger l'exécution, si elle est encore possible”. LÉGIER, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 101.

⁴²² Cfr.: VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 878.

⁴²³ El artículo 1612 del CODE CIVIL, dispone que: “Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement”. CODE CIVIL, 110^e édition, Edition 2011, Op. Cit., pág. 1953.

⁴²⁴ El artículo 1653 del CODE CIVIL, establece lo siguiente: “Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le

compraventa); 1749⁴²⁵ (en torno al arrendamiento) y 1948,⁴²⁶ (con relación al contrato de depósito).⁴²⁷

Los mismos autores reconocen un abuso de la voluntad presunta o implícita de las partes, porque, no es cierto suponer que cuando los contratantes celebran el negocio, piensen en que la contraparte no cumplirá con sus deberes, pues de ser así, lo normal es que no celebren el negocio.⁴²⁸ Además, como se vio, en Francia se le concede al juez la facultad para fijarle un plazo al contratante incumplidor para que cumpla su deber,⁴²⁹ es decir, la mal llamada condición resolutoria tácita no opera *ipso iure*.⁴³⁰

Como se analizó, CAPITANT intenta explicar la facultad resolutoria tácita, a través de la noción de causa, así, la causa, elemento indispensable para el nacimiento de la relación jurídica, continua siendo necesaria en la etapa de ejecución de la misma, de tal forma que, cuando una obligación recíproca no es ejecutada, la otra queda sin causa

payement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera". CODE CIVIL, 110^e édition, Edition 2011, Op. Cit., pág. 1989.

⁴²⁵ Por su parte, el artículo 1749 del CODE CIVIL, con relación al contrato de arrendamiento, dispone que: "*Les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués*". *Ibidem*, pág. 2050.

⁴²⁶ Por último, el artículo 1948 del CODE CIVIL, a propósito del contrato de depósito, establece que: "*Le dépositaire peut retenir le dépôt jusque a l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt*". CODE CIVIL, 2010, Op. Cit., pág. 2309.

⁴²⁷ Cfr.: PIZARRO WILSON, *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno*, Op. Cit., pág. 2.

⁴²⁸ Al respecto, *vid.*: CARBONNIER, J.: *Droit civil*, T. 4. Les obligations, Presses Universitaires de France, Paris, 1956, págs. 338–339.

⁴²⁹ En este sentido, dispone el artículo 1184, inciso 3 del CODE, lo siguiente: "*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*". CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, Estudio Preliminar y Notas por Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, Traducc. de Álvaro Núñez Iglesias, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2005, pág. 547.

⁴³⁰ Cfr.: GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T. II, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 77. En este sentido, el inciso 2º del artículo 1184 del CODE, dispone que: "*Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit [...]*". CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, Op. Cit., pág. 547.

y por ello, el negocio jurídico no se puede mantener con vida.⁴³¹ Para esta doctrina, en los contratos recíprocos, la noción de causa refleja la estrecha relación de dependencia que existe entre las obligaciones sinalagmáticas, ya que, si una de ellas es incumplida, entonces la otra carece de base y no puede subsistir.⁴³² La explicación anterior supone una ampliación de la noción de causa, pues, este elemento debe estar presente durante toda la vida del contrato, para ello se elaboraron los conceptos de sinalagma genético y sinalagma funcional, antes analizados.⁴³³

Modernamente, el derecho de opción se aplicaría también a los contratos unilaterales. En efecto, señala la doctrina que existen algunas normas del *Code*, que aplican la facultad resolutoria a los contratos unilaterales, así, el constituyente de la prenda no puede reclamarle al acreedor, la devolución de la prenda, sino cuando hubiere el deudor pagado la totalidad de la obligación principal y los intereses o cuando el acreedor abuse de cosa dada en prenda (artículo 2082, inciso 1º del *Code*).⁴³⁴ Por su parte, el artículo 1912 del *Code*, permite al arrendador resolver el contrato, cuando el deudor constituido a perpetuidad: (1) ha dejado de pagar por dos años y (2) no ha proporcionado las seguridades prometidas en el contrato.⁴³⁵ Esta solución ha sido

⁴³¹ Cfr.: GOMÁ SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T. II, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 77-78.

⁴³² Cfr.: *Ibidem*, pág. 78.

⁴³³ Ahora bien, los antiguos tratadistas franceses han discutido arduamente, en cuanto al radio de aplicación de la facultad resolutoria tácita. Así, para VALETTE, DUVERGER y DEMOLOMBE, la condición resolutoria tácita se aplica a los contratos bilaterales imperfectos; en cambio, para DELVIN COURT, GODAR, LAURENT, GALLAVRESI y PACIFICI-MAZZONI, sólo la aplica a los contratos bilaterales perfectos. Cfr.: GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 214. GIORGI, concluye que la condición resolutoria tácita podría operar en los contratos sinalagmáticos imperfectos, pues en alguno de ellos se produce un efecto análogo a aquélla”. GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 215.

⁴³⁴ El artículo 2082 del CODE dispone que: “*Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné*”. CODE CIVIL, 110^e édition, Edition 2011, Op. Cit., pág. 2386.

⁴³⁵ El artículo 1912 del CODE, dispone que: “*Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat: 1º S'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années; 2º S'il manque à*

discutida en la doctrina, ya que estos contratos son unilaterales. También se dice que la acción resolutoria actúa en los contratos de préstamo (artículo 1978 del *Code civil* francés⁴³⁶).⁴³⁷ En este sentido, la jurisprudencia ha aplicado el artículo 1184 del *Code* a los negocios unilaterales en comento, de manera reiterada,⁴³⁸ de lo que podría concluirse que ha de aplicarse en todo contrato unilateral. En contra de la anterior tesis, se dice que estas normas únicamente le otorgan un derecho de opción al acreedor, pero ello no significa que sean compatibles con la solución otorgada por el artículo 1184 del *Code*.⁴³⁹

3.3.– PRESUPUESTOS Y EFECTOS DEL DERECHO DE OPCIÓN EN FRANCIA.

Con relación a los requisitos para que opere la facultad resolutoria tácita, en Francia se ha dicho que es necesario: (i) *Les obligations doivent être connexes*. Este requisito no viene sino a confirmar la tendencia mayoritaria en cuanto a exigir que se trate de un contrato recíproco o bilateral, cuyas obligaciones se encuentran

fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat”. CODE CIVIL, 110^e édition, Edition 2011, Op. Cit., pág. 2271.

⁴³⁶ Por su parte, el artículo 1978 del CODE, dispone que: “*Le seul défaut de payement des arrérages de la rente n’autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné: il n’a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l’emploi d’une Somme suffisante pour le service des arrérages*”. *Ibidem*, pág. 2335.

⁴³⁷ En este sentido, DELEBECQUE y PANSIER, señalan que: “*La résolution joue dans les contrats synallagmatiques, mais non pas dans les contrats unilatéraux, sauf quelques cas particuliers. C’est le cas notamment du prêt à intérêt, lorsque l’emprunteur ne paie pas les intérêts: ce manquement autorise une résolution judiciaire et le remboursement du capital. A l’inverse, certains contrats synallagmatiques ne sont pas susceptibles de résolution; ainsi en est-il du contrat de partage, ou, dans une certaine mesure, des contrats d’assurance et de rente viagère (cf. C. civ., art 1978)*”. DELEBECQUE, P. y PANSIER, F.-J.: *Droit des obligations*, Librairie de la Cour de cassation, Editions Litec, Paris, 1997, pág. 163.

⁴³⁸ Cfr.: TERRÉ, F.; SIMLER, P. y LEQUETTE, Y.: *Droit civil. Les obligations*, 9^a édition, Éditions Dalloz, Paris, 2005, pág. 635.

⁴³⁹ Cfr.: *Idem*.

interconectadas. (ii) *Il faut qu'une partie n'exécute pas son obligation*. Una de los contratantes no ha cumplido con sus obligaciones, mientras que la contraria cumplió o se encuentra llana a hacerlo; y (iii) *Il faut une certaine proportion*. Es interesante este elemento, pues, se trata de exigir que el incumplimiento tenga una cierta magnitud, ya que no siempre puede ser total. Se excluyen, por tanto, los incumplimientos parciales que sean insignificantes.⁴⁴⁰

En cuanto a la forma en que opera el derecho de opción en Francia, se ha señalado que éste, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria y verdadera, no obra de derecho (*ipso iure*), sino que requiere de un pronunciamiento judicial que lo declare.⁴⁴¹

La resolución del contrato supone un incumplimiento de la obligación por parte del deudor.⁴⁴² Éste incumplimiento puede ser total o parcial. En el primer caso, resulta

⁴⁴⁰ Cfr.: LÉGIER, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 102. En este sentido, para CANIN, la resolución judicial requiere de una: “[...] *inexécution totale ou partielle, même non fautive (due à la force majeure: Civ., 14 avril 1891, D. P. 1891, 1, 329, note Planiol), et une inexécution suffisamment grave. Elle suppose, enfin, l'intervention du juge (art. 1184 al. 2 et 3). Et elle est purement facultative pour le créancier, qui peut toujours exiger l'exécution du contrat, pour le débiteur, qui peut exécuter sa prestation s'il est encore dans les temps, pour le débiteur, qui peut exécuter sa prestation s'il est encore dans les temps, pour le juge, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation (prononcer ou non la résolution, prononcer une résolution totale ou partielle, et accompagnée ou non de dommages-intérêts; le juge peut encore accorder un délai de grâce au débiteur pour qu'il exécute son obligation [art. 1184 al. 3]*”. CANIN, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 83. Vid. también: DELEBECQUE y PANSIER, *Droit des obligations*, Op. Cit., pág. 163; MAZEAUD; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., págs. 1108–1109.

⁴⁴¹ En este sentido, LÉGIER, señala que: “[...] *la résolution produit des effets plus graves que l'exception d'inexécution: le contra test anéanti, d'où, en principe, la nécessité d'une décision de justice. Plus rarement la résolution du contrat peut être prononcée, également en justice, en raison d'une mésentente entre les contractants (entre associés: art. 1844–7–5°)*”. LÉGIER, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 101.

⁴⁴² En este sentido, DELEBECQUE y PANSIER, expresan lo siguiente: “*La partie victime de l'inexécution de l'obligation de son cocontractant peut demander la résolution du contrat, en s'adressant à un tribunal. Cette sanction est prévue par l'article 1184 du Code civil, [...]. L'institution est ancienne (le droit romain le connaissait déjà); elle a été assouplie par le Code et la jurisprudence. L'article 1184 présente la résolution comme une institution qui procède de la volonté présumée des parties. Il y aurait donc une condition résolutoire sousjacente permettant d'obtenir la résolution chaque fois que l'une ou l'autre des parties ne respecte pas ses engagements. En réalité, le fondement de la sanction est un peu plus*

más fácil para el juez determinar la procedencia de la acción resolutoria; en cambio, cuando se trata de un incumplimiento parcial, es fundamental determinar si éste resulta grave, para proceder a declarar la resolución del contrato.⁴⁴³ Así lo ha entendido en Francia la jurisprudencia, v. gr., la sentencia de la *Cour de Cassation*, de 12 de febrero de 2014 (Caso *Cour de Cassation, Civile, Chambre civile 3, 12 février 2014, 12–28.902, publié au Bulletin*), dispone que: “[...] 5°. *Que l’inexécution de certaines des obligations résultant d’un contrats synallagmatique n’est de nature à justifier sa résolution que si elle présente une gravité suffisante [...]*”.⁴⁴⁴ Además, la doctrina gala prescinde de la imputabilidad del incumplimiento, en el sentido de que no exige culpa o dolo por parte del contratante incumplidor, para que sea procedente la acción resolutoria, es decir, en otras palabras, la resolución también es procedente cuando

complexe, car la résolution est le corollaire de l’idée d’interdépendance existant entre les obligations convenues dans un contrat synallagmatiques. Elle s’explique donc par la théorie de la cause”. DELEBECQUE y PANSIER, *Droit des obligations*, Op. Cit., págs. 162–163.

⁴⁴³ Los autores DELEBECQUE y PANSIER, señalan, en torno a la gravedad del incumplimiento, lo siguiente: “*L’inexécution qui justifie la demande en résolution doit être suffisamment grave. Il n’y a pas de difficulté lorsque l’inexécution est totale, et qu’elle porte sur une obligation essentielle du contrat, ou, à l’inverse, lorsque l’obligation n’est qu’accessoire, et que l’inexécution est partielle: dans le premier cas, la résolution est possible, dans le second, elle n’est pas recevable. Le problème existe donc lorsque l’obligation essentielle est partiellement inexécutée ou lorsque l’obligation accessoire est totalement inexécutée. Le juge dispose d’un pouvoir d’appréciation, en ce sens qu’il doit vérifier que l’inexécution a eu suffisamment d’importance, elle est assez grave pour que la résolution puisse être prononcée. D’une manière générale, les tribunaux sont plutôt réticents à prononcer la résolution du contrat; ils préfèrent sauver le contrat, en accordant des délais ou des dommages et intérêts [...]*”. *Ibidem*, pág. 164.

⁴⁴⁴ Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 12 de febrero de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, Chambre civile 3, 12 février 2014, 12–28.902, publié au Bulletin*). En este mismo sentido, Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 25 de marzo de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 25 mars 2014, 12–29.534, publié au Bulletin*); Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 27 de noviembre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, chambre sociale, 27 novembre 2013, 12–26.376, publié au Bulletin*); Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 30 de octubre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre civile 3, 30 octobre 2013, 12–22.310, publié au Bulletin*); Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 10 de julio de 2012, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 10 juillet 2012, 11–20.060, publi*) y la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 29 de junio de 2010, (Caso *Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 29 juin 2010, 09–11.841*). Cfr.: <www.vlex.com>. Con relación a la gravedad del incumplimiento, los franceses MAZEAUD y MAZEAUD, señalan que: “*Toute inexécution, quelle que soit son importance, n’entraîne pas nécessairement résolution: le juge dispose d’un pouvoir souverain pour apprécier le degré de gravité de l’inexécution susceptible d’entraîner la résolution. Il appréciera si ce mode de réparation excède ou non le dommage”.* MAZEAUD; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., pág. 1108.

estamos frente a una fuerza mayor.⁴⁴⁵

El tribunal, conforme a las circunstancias, puede concederle al contratante incumplidor, un término o plazo, a fin de que éste cumpla su obligación. Este plazo se justifica, toda vez que el juez tiene competencia para determinar la importancia del retraso o del incumplimiento, ya que la resolución se puede solicitar aún cuando el incumplimiento no sea culpable o doloso,⁴⁴⁶ salvo algunos casos de excepción, en que opera *ipso iure*.⁴⁴⁷

La resolución por incumplimiento exige como presupuesto básico, que el contratante que hace uso de la opción, solicitando la resolución del contrato, no se encuentre en situación de incumplimiento.⁴⁴⁸ Es claro, según la doctrina francesa, que el derecho de opción constituye una facultad para el contratante cumplidor,⁴⁴⁹ pudiendo

⁴⁴⁵ Cfr.: MÉLIN, *Droit des obligations*, Op. Cit., págs. 134–135.

⁴⁴⁶ Cfr.: GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 218.

⁴⁴⁷ Estos casos de excepción son: (i) El pacto comisorio expreso, en que las partes estipulan que verificada la condición (incumplimiento), el contrato se resolverá *ipso facto*. Sin embargo, en la doctrina francesa existen dudas acerca del efecto real de este pacto. Algunos señalan que opera *ipso iure*, aún cuando los contratantes no lo hayan estipulado y siempre que ésa resulte ser su voluntad: DELVINCOURT, TOULLIER, DURANTON, TROPLONG, LAURENT y GALLAVERRI. Ahora bien, MARCADÈ, LAROMBIÈRE, DEMOLOMBRE, MOURLAN, COLMET DE SANTERRE, AUBRY y RAU, MASSÈ, MASSÈ y VERGÈ, GODART y PACIFICI-MAZZONI, señalan que se precisa de una resolución judicial que la declare, fundándose en los escritos de BIGOT-PRÉAMÉNEU al exponer los Motivos del artículo 1184 del CODE. (ii) En el contrato de compraventa de bienes muebles, cuando los contratantes hayan estipulado un plazo para la consigna, pues, el artículo 1512 del CODE, establece que la resolución, en este caso, opera *ipso iure*, cuando antes del vencimiento del plazo estipulado para la consigna, no se ha presentado a recibirla, o bien, al hacerlo, no haya ofrecido el precio íntegro, salvo que el pago se hubiere convenido en cierto plazo. (iii) En las compraventas mercantiles, pues, el artículo 67 del CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS, establece que la condición resolutoria operará de derecho, a favor del contratante que antes del vencimiento haya ofrecido a la contraparte, en las formas o modos usados en el comercio, la consignación de la especie vendida o el pago del precio, en caso de que ésta no cumpla su obligación. Cfr.: GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., págs. 218–221.

⁴⁴⁸ Cfr.: *Ibidem*, pág. 223.

⁴⁴⁹ En este sentido, MALAURIE, AYNÈS y STOFFEL-MUNCK señalan [refiriéndose al carácter facultativo de la *résolution pour inexécution*], que: “Comme son nom l’indique, l’*résolution* est judiciaire: le créancier doit assigner le débiteur. L’action en justice est nécessaire parce que l’inexécution ne résout pas

solicitar el cumplimiento forzado,⁴⁵⁰ *in obligatione*, o la resolución *in facultate petitiones*.⁴⁵¹ Puede el contratante diligente, pedir las dos cosas, una en subsidio de la otra, por tratarse de pretensiones contrapuestas,⁴⁵² o bien, puede perfectamente, el contratante cumplidor, exigir el remedio alternativo.⁴⁵³ Una vez declarada la resolución, el negocio resuelto se considera no haber sido celebrado.⁴⁵⁴

En cuanto a la constitución en mora del contratante incumplidor,⁴⁵⁵ como requisito básico de la acción resolutoria, se ha dicho que, al igual que el derecho de opción, requiere de una demanda judicial para operar. Ésta tiene la virtud de intimar al contratante negligente a cumplir, constituyendo en mora al deudor.⁴⁵⁶ En este sentido, se agrega que es necesario que el deudor esté constituido en mora para que el contratante cumplidor pueda solicitar la resolución y una indemnización por daños y perjuicios.⁴⁵⁷

automatiquement le contrat. ce qui produit trois conséquences, sur le créancier, sur le débiteur et sur le juge". MALAURIE, P.; AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P: *Les obligations*, Editions juridiques associées, Defrénois, Paris, 2003, pág. 424.

⁴⁵⁰ Respecto de la ejecución forzada de la deuda, en Francia, *vid.*: HESS-FALLON, B. y SIMON, A.-M.: "Droit civil", 6^e edition, Éditions Dalloz, Paris, 2001, págs. 330 y ss.; SÉRIAUX, A.: "Manuel de Droit des obligations", Press Universitaires de France, Paris, 2006, págs. 74 y ss.

⁴⁵¹ Cfr.: GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., págs. 223-224.

⁴⁵² Cfr.: *Ibidem*, pág. 224.

⁴⁵³ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 116.

⁴⁵⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 117.

⁴⁵⁵ Sobre este punto, DELL'AQUILA señala lo siguiente: "La cuestión de la previa constitución en mora del deudor en Francia ha sido objeto en el pasado de largas diatribas doctrinales, pero hoy en día el problema aparece superado ya que la *Cour de Cassation* se ha reiteradamente pronunciado en el sentido de excluir que la demanda de resolución tenga que ser precedida por esta actividad por parte del contratante fiel, constituyendo ya la misma demanda judicial válida constitución en mora: «*Pour l'exercice de l'action en résolution, l'exploit introductif d'instance suffit à mettre en demeure la partie qui n'a pas rempli son engagement, sans qu'il soit besoin d'une sommation ou d'un commandement préalable*»". Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 176-177.

⁴⁵⁶ Cfr.: GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., págs. 225-226.

⁴⁵⁷ En este sentido, MÉLIN señala lo siguiente: "[...] *S'il prononce la résolution, il peut condamner le débiteur à payer en outre une indemnité, s'il s'avère qu'une faute a été commise. Mais il peut également le condamner à payer des dommages-intérêts sans prononcer la résolution s'il estime que l'inexécution n'est suffisamment grave pour justifier une résolution*". MÉLIN, *Droit des obligations*, Op. Cit., pág. 135.

Y una vez declarada la resolución del contrato, éste se entenderá no haber existido jamás, retrotrayéndose los efectos de la resolución al mismo instante anterior a la celebración del acto jurídico resuelto.⁴⁵⁸

Es interesante señalar que en Francia, se ha comenzado a admitir la ruptura unilateral del contrato (v. gr., en los contratos de ejecución sucesiva).⁴⁵⁹ Al igual que la

⁴⁵⁸ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 20.

⁴⁵⁹ En la doctrina y jurisprudencia tradicional francesas, no se admitía esta posibilidad, la que se ha recogido modernamente. Con todo, los antiguos autores ya se preguntaban sobre esta posibilidad. En este sentido, DEMOLOMBE, citado por ÁLVAREZ VIGARAY, señala lo siguiente: “[...] ¿Pero es que la resolución del contrato por causa de inejecución no puede ser consensual? Y si ella es el acuerdo de un resultado amistoso entre las partes ¿debería producir no solamente entre ellas, sino también frente a terceros el mismo efecto que si hubiera sido pronunciada judicialmente? ¿Las servidumbres o las hipotecas que el comprador ha concedido *medio tempore* a las hipotecas legales o judiciales que le hayan podido alcanzar, serán resueltas por esta convención como lo serían por una Ss.? Se ha enseñado la negativa, ya en virtud del texto del artículo 1.184 que dispone, se dice, que la resolución deber [sic] ser pedida en justicia, ya en virtud de los motivos que han inspirado este texto al legislador, a fin de garantizar a los terceros contra el peligro de las resoluciones fraudulentas y de conservarles en todos los casos el medio de intervenir en la instancia, para impedir la resolución, ejecutando ellos mismos en nombre del deudor las obligaciones que él no ejecuta”. Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Primera Edición, Ed. Comares, Granada, 1986, pág. 43. En Alemania, el § 349 del BGB, (“*Erklärung des rücktritts*”), dispone que: “*Der rücktritt durch erklärungs gegenüber dem anderen teil*”. Cfr.: JÜRGEN SÄCKER, F.; RIXECKER, R. y OETKER, H.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2. Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München, 2012, pág. 2396. En Italia, el artículo 1455 del CODICE CIVILE, (“*Importanza dell’inadempimento*”), dispone lo siguiente: “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CUFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1660. En Holanda, el artículo 265 del CODICE CIVILE, dispone lo siguiente: “*1. Every failure of one party in the performance of one of its obligations gives the other party the right to set aside the contract in whole or in part, unless the failure, given its special nature or minor significance, does not justify the setting aside of the contract and the consequences flowing therefrom. 2. To the extent that performance is not permanently or temporality impossible, the right to set contract aside does not arise until the obligor is in default*”. Cfr.: WARENDORF, H.; THOMAS, R. y CURRY-SUMNER, I.: *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, Law&Business, United Kingdom, 2009, pág. 716. El artículo 1604 del CÓDIGO CIVIL DU QUÉBEC, dispone que: “*Where the creditor does not avail himself of the right to force the specific performance of the contractual obligation of the debtor in cases which admit of it, he is entitled either to the resolution of the contract, or to its rescission in the case of a contract of successive performance. However and notwithstanding any stipulation to the contrary, he is not entitled to resolution or rescission of the contract if the default of the debtor is of minor importance, unless, in the case of a contract of successive performance, the default occurs repeatedly, but he is then entitled to a proportional reduction of his correlative obligation. All the relevant circumstances are taken into consideration in assessing the proportional reduction of the correlative obligation. if the obligation cannot be reduced the creditor is entitled*”. CÓDIGO CIVIL DU QUÉBEC, Édition critique, 10^a édition, Jean-Maurice

legislación belga, en Francia, se consagraría de forma discreta, la ruptura unilateral del contrato.⁴⁶⁰

Con todo, la jurisprudencia ha reconocido a esta institución. La ruptura unilateral del contrato, se funda en el principio de la autonomía de la voluntad, pues, es gracias a ella, que se manifiesta en el subprincipio de fuerza obligatoria de los contratos (“*pacta sunt servanda*”), que evita desembocar en el cumplimiento forzado de la deuda y se pasa a la resolución del negocio. La resolución es, desde este punto de vista, una excepción a este subprincipio. Ahora bien, al parecer, la declaración resolutoria unilateral del acreedor, contraría el principio de fuerza obligatoria de los contratos.⁴⁶¹

3.4.– UNA MENCIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, COMO POSIBLE LÍMITE A LA RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO.

Con relación al principio de fuerza obligatoria de ley de los contratos entre las partes,⁴⁶² puedo indicar que éste, tanto en el Derecho continental como en el anglosajón,

Brisson y Nicholas Kasirer, Éditions Yvon Blais, Québec, 2002, pág. 533.

⁴⁶⁰ Con relación a la resolución en los contratos de ejecución sucesiva, *vid.*: MAZEAUD; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., pág. 1109.

⁴⁶¹ Con relación a la autonomía de la voluntad, *vid.*: *Ibidem*, págs. 94 y ss. En este sentido, DELEBECQUE y PANSIER señalan que: “*Le principe de la liberté contractuelle est l’un des principes essentiels du droit des contrats. Il signifie que les parties peuvent fixer comme elles l’entendent le contenu de leur contrat. La loi réglemente les contrats; les textes du Code civil distinguent les différents types de contrats, mais toutes ces dispositions n’ont aucune valeur impérative: ce sont de simples textes supplétifs de la volonté des parties, i.e. celle-ci sont libres de s’y référer, de les aménager, ou, au contraire, de s’en écarter*”. DELEBECQUE y PANSIER, *Droit des obligations*, Op. Cit., pág. 109.

⁴⁶² Al respecto, MALAURIE y AYNÈS señalan que: “*L’a 1134 énonce trois règles complémentaires: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites» 8al. 1). Entre les parties, le contrat a la force de la loi, il commande (S. I). «Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour des causes que la loi autorise» (al. 2): le contrat résiste au temps et, en principe, à la volonté unilatérale; il est irrévocable et immuable (S. II). «Elles doivent être exécutées de bonne foi» (al. 3): le contrat est une loi tolérable si son exécution ne trahit pas la confiance des parties (S. III)*”.

se erigió en el siglo XIX como uno de los principios más relevantes en materia contractual.⁴⁶³

En Francia,⁴⁶⁴ la doctrina más moderna libera a la judicialidad como carácter esencial de la resolución por incumplimiento.⁴⁶⁵ A pesar de que, podría pensarse que el *Code* consagra sólo la resolución judicial, como única vía para obtener la resolución del contrato.⁴⁶⁶ Lo anterior equivale a la postura tradicional gala, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, y, se justifica porque se dice que el juez debe controlar la

MALAUURIE, P. y AYNÈS, L.: *Cours de Droit civil. Obligations*, par Laurent Aynès, 9^e edition, Éditions Cujas, Paris, 1998, pág. 347.

⁴⁶³ En este sentido, el belga VAN OMMESSLAGHE señala lo siguiente: “*En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, la libre volonté des parties peut, en règle, dans tous les domaines, créer, modifier, transmettre ou éteindre des droits ou des obligations par la conclusion de contrats. L'accent a été mis traditionnellement en droit belge sur l'autonomie de la volonté, encore que ce principe n'ait pas comme tel été inscrit dans le Code civil et ne semble pas avoir été considéré par ses rédacteurs comme un pilier du régime contractuel. La doctrine du XIX^e siècle lui a donné une grande extension, au point d'occulter d'autres principes, comme les auteurs récents l'ont montré et une analyse plus mesurée tend à prévaloir, notamment pour éviter que ce principe domine exagérément les autres et particulièrement le principe de la bonne foi*”. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., págs. 152–153.

⁴⁶⁴ En América, RENGIFO GARCÍA señala que: “Sin embargo, la posibilidad de la terminación unilateral del contrato es permitida por el mismo legislador o es admisible en especiales vínculos contractuales como los de duración indefinida, los de larga duración y en donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica”. RENGIFO GARCÍA, E.: “La terminación y resolución unilateral del contrato”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, <www.garridorenfigo.com>, s/f., pág. 4.

⁴⁶⁵ En este sentido, BÉNABENT, se refiere a la resolución unilateral, señalando que: “*Dans certains cas exceptionnels, la loi permet au contractant insatisfait de décider unilatéralement la résolution du contrat, sans recours préalable au juge: ainsi pour l'assureur en cas de non-paiement des primes (c. assur., art. L. 113–3), pour le consommateur en cas de non-respect du délai d'exécution (C. consom., art. L. 114–I), pour le vendeur d'objets mobiliers en cas de non-retirement (C. civ., art. 1657). Ailleurs, la jurisprudence a retenu progressivement la même solution dans trois séries de cas: – dans ceux où le contrat présente un caractère commercial: l'acheteur non livré peut «se remplacer» ou encore, si la livraison est défectueuse, peut «laisser pour compte» la marchandise au vendeur; – en cas d'urgence et alors quelle que soit la matière, selon quelques décisions éparses; – selon un courant récent, la gravité du comportement d'une partie autorise l'autre à décider de la résolution, par une sorte de prolongement renforcé de l'exception d'inexécution. Dans tous ces cas, l'initiative privée permet à la résolution d'être dispensée de l'intervention judiciaire préalable prévue à l'article 1184, pour intervenir aux risques et périls de son auteur, comme l'exception d'inexécution, le juge pouvant ensuite contrôler le bien-fondé de sa décision: le risque est que si la rupture est ensuite jugée non fondée, le contrat sera résolu aux torts de son auteur*”. BÉNABENT, A.: *Droit civil. Les obligations*, 10^e edition, Montchrestien, 2005, pág. 269.

⁴⁶⁶ Cfr.: PIZARRO WILSON, *La ruptura unilateral del contrato*, Op. Cit., pág. 13.

aplicación de la sanción de la resolución por incumplimiento.⁴⁶⁷ Sin embargo, la moderna doctrina francesa se apoya en textos como los Principios *UNIDROIT*, que contemplan la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato por incumplimiento.⁴⁶⁸

De existir la posibilidad de resolución extrajudicial, el posible control judicial de la misma (ante la eventual reclamación efectuada por el deudor incumplidor), se produciría *ex post*, dejando de tener carácter preventivo (resolución judicial), posibilitándole al acreedor decidir el carácter de la resolución, asumiendo éste el riesgo que pudiera significar una u otra.⁴⁶⁹

Frente al posible abuso por parte del acreedor cumplidor, de la facultad resolutoria extrajudicial, se deben establecer rigurosos requisitos para que opere la misma.⁴⁷⁰ En este sentido, la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 25 de marzo de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 25 mars 2014, 12-29.534, publié au Bulletin*), antes citada,⁴⁷¹ se ha centrado en el requisito de la

⁴⁶⁷ Cfr.: PIZARRO WILSON, *La ruptura unilateral del contrato*, Op. Cit., págs. 13.

⁴⁶⁸ En este sentido, BÉNABENT señala que: “*Les Principes Unidroit (art. 7-3-1 et s.) et ceux du droit européen des contrats (art. 9-301) retiennent cette solution de la résolution unilatérale notifiée à l’autre partie en cas d’inexécution «essentielle» de la part de l’autre et de bons esprits souhaitent que l’article 1184 soit réécrit pour ouvrir le choix entre une demande judiciaire et une déclaration unilatérale aux risques de son auteur*”. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., págs. 269-270.

⁴⁶⁹ Cfr.: PIZARRO WILSON, *La ruptura unilateral del contrato*, Op. Cit., pág. 14.

⁴⁷⁰ Cfr.: *Ídem*.

⁴⁷¹ Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 25 de marzo de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 25 mars 2014, 12-29.534, publié au Bulletin*). Cfr.: <www.vlex.com>. Al respecto, *vid.* también: Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 20 de noviembre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre sociale, 20 novembre 2013, 12-30.100, publi*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 15 de marzo de 2011, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 15 mars 2011, 09-71.934, publi*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 19 de junio de 2012, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 19 juin 2012, 11-13.176, publié au Bulletin*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 18 de noviembre de 2009, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre sociale, 18 novembre 2009, 08-19.419*); Sentencia de la CORTE DE CASACIÓN FRANCESA, de 21 de junio de 2004, (Caso *Cour de Cassation, chambre sociale, 21 juin 2004, 02-43.793*); y la Sentencia de la *Cour d’appel de Limoges*, de 28 de junio de 2013, (Caso *Cour d’appel de Limoges, 28 juin 2013, 12-00825*). Cfr.: <www.vlex.com>.

gravedad del incumplimiento,⁴⁷² pues, se pretende evitar que un incumplimiento mínimo signifique la declaración de resolución del contrato. Pero, ¿acaso esto no es válido para ambos tipos de resolución? o, ¿es privativo de la resolución judicial? Pareciera que no, pues, la gravedad del incumplimiento justifica toda clase de resolución contractual, sea judicial o extrajudicial.⁴⁷³

La gravedad del incumplimiento, debe valorarse conforme a si es posible la mantención del acto jurídico. Así lo ha entendido la jurisprudencia francesa, en una sentencia de 28 de octubre de 2003, la Corte de Casación reconoció la posibilidad de resolución unilateral, cuando la gravedad de la conducta infractora de uno de los contratantes, justifique que la contraria ponga fin de manera unilateral al contrato, por su cuenta y riesgo, con prescindencia del carácter definido o indefinido del contrato.⁴⁷⁴ Antes, la jurisprudencia gala había aceptado la resolución unilateral del contrato, por estado de necesidad y en casos urgentes.⁴⁷⁵ En 1998 había fallado con otro criterio, bastando para la resolución judicial que el incumplimiento tenga la gravedad suficiente que justifique la resolución del contrato. La jurisprudencia reconoció que se estaba violando el principio de fuerza obligatoria de los contratos, pero estimó que era una infracción tolerable, y, además, presentaba efectos positivos que ayudaban a

⁴⁷² Vid. *supra*, nota n° 444, pág. 135.

⁴⁷³ En honor a la verdad, se debe indicar que, en la actualidad, en Francia la opinión mayoritaria de la doctrina alega en favor de la resolución judicial. Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 119. En Bélgica, se utiliza la noción de violación grave para determinar la procedencia de la acción resolutoria, siendo el juez el encargado de establecerla. Cfr.: VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 896.

⁴⁷⁴ En este sentido, VAN OMMEFLAGHE señala que: “*Deux très importantes arrêts de la Cour de cassation du 2 mai 2002 (site de la Cour, n° C.990277.N et C.010185.N) consacrent en terms généraux la reconnaissance par notre droit de la résolution par déclaration unilatérale des contrats synallagmatiques à la suite d’un manquement par une partie à ses obligations. A juste titre, le rapport de la Cour de cassation pour l’année 2002 comprend l’un de ces arrêts parmi les plus importants de l’année judiciaire*”. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 900.

⁴⁷⁵ En este sentido, VAN OMMEFLAGHE, “*Un arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2009 (site de la Cour n° C.08.0043.N) reprend textuellement l’énoncé du principe formulé par les deux arrêts précités, mais y apporte une précision intéressante sur le contrôle à effectuer par le juge a posteriori, notamment quant à la notification d’une mise en demeure par la partie qui décide la résolution unilatérale de la*

descongestionar la labor judicial.⁴⁷⁶

Por otra parte, el control *a posteriori* que puede realizar el juez, no sería otra cosa que la aplicación de la teoría del abuso del derecho.⁴⁷⁷ El acreedor puede declarar unilateralmente la resolución del contrato, cuando no exista un incumplimiento grave de parte del deudor, sino estaría realizando un ejercicio abusivo de su derecho de crédito. Es aquí, donde nuevamente aparece la buena fe⁴⁷⁸ como justificante, esta vez, de la teoría del abuso del derecho, pues, el juez deberá rechazar la pretensión resolutoria, cuando aparezca claramente establecido que el incumplimiento no reviste el carácter de gravedad suficiente, ya que, en este caso, no se lesionan los intereses del acreedor cumplidor.⁴⁷⁹

Además de la gravedad del incumplimiento, para que sea procedente la resolución unilateral del contrato, se necesita que el acreedor cumpla el procedimiento de la misma, ello significa que el acreedor deberá notificar su decisión al deudor, debiendo probar el acreedor haber efectuado dicho aviso, en caso que el juez proceda a revisar la resolución.⁴⁸⁰

convention”. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 904.

⁴⁷⁶ Cfr.: PIZARRO WILSON, C.: “La ruptura unilateral del contrato”, Ponencia presentada en el Congreso Internacional acerca de la Terminación del Contrato, celebrada en Bogotá los días 23 y 24 de agosto de 2005, en <www.fundacionfueyo.udp.cl>, 2005, págs. 14–17.

⁴⁷⁷ En este sentido, RENGIFO GARCÍA, señala que: “[...] Entonces, el abuso del derecho viene a colocarse como límite a la facultad discrecional de las partes para terminar unilateral y anticipadamente aquellos negocios de duración en donde la confianza constituye el soporte medular de la relación jurídica, tal como sucede con el contrato de seguro”. RENGIFO GARCÍA, *La terminación y resolución unilateral del contrato*, Op. Cit., pág. 9.

⁴⁷⁸ En este sentido, en Bélgica, VAN OMMESLAGHE, ha señalado que: “*Le principe de l’exécution de bonne foi a connu une efflorescence remarquable dans le droit belge, tant en doctrine que dans la pratique judiciaire. Il constitue l’un des éléments correcteurs les plus importants de la rigueur contractuelle et les applications faites par la jurisprudence sont très nombreuses*”. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 168.

⁴⁷⁹ Cfr.: PIZARRO WILSON, “La ruptura unilateral del contrato”, Op. Cit., pág. 17.

Un tercer requisito de la resolución unilateral del contrato, es la concesión de un plazo al deudor, que éste cumpla su obligación. Este lapso sirve para confirmar el carácter de gravedad del incumplimiento.⁴⁸¹

Como cuarto presupuesto de ejercicio de la resolución unilateral, se encuentra la necesidad de motivar la declaración unilateral de resolución del contrato.⁴⁸²

Reunidos estos elementos, es procedente la declaración unilateral de resolución por incumplimiento, pudiendo el acreedor hacer valer esta facultad. La resolución extrajudicial le permitiría al acreedor evitar los daños y perjuicios, que pudiera ocasionarle recurrir a un procedimiento judicial, para resolver el contrato.⁴⁸³

En el caso de no aceptar la resolución unilateral el deudor, deberá éste proceder a demandar judicialmente el cumplimiento forzado o resolución del contrato y el abuso en el ejercicio de la resolución extrajudicial, en caso de que ésta le hubiera ocasionado algún daño o perjuicio.⁴⁸⁴ Vedar la posibilidad de recurrir a la resolución unilateral del contrato, supondría quizás, que el acreedor debería soportar ciertos daños y perjuicios, por el mantenimiento del contrato.⁴⁸⁵ Por todo lo anterior, en la doctrina y

⁴⁸⁰ Cfr.: PIZARRO WILSON, “La ruptura unilateral del contrato”, Op. Cit., págs. 17–18.

⁴⁸¹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 18.

⁴⁸² Cfr.: *Ídem*.

⁴⁸³ Cfr.: *Ídem*.

⁴⁸⁴ Cfr.: *Ibidem*, págs. 18–19.

⁴⁸⁵ En este sentido, DE VINCELLES señala que: “*Il est apparu nécessaire de consacrer dans la loi, en précisant les contours, la résolution unilatérale. Si ce système favorise les droits du créancier, ceux du débiteur ne sont pour autant bafoués dès lors qu’un certain nombre de précautions sont prises. On sait que le juge français l’a finalement admis, ainsi que le projet de la Chancellerie, se rapprochant ainsi des droits européens (droits anglo-saxons; art. 349 BGB; art 7.3.1 C. Unidroit; art. 9:301 C. Lando; art. 14 C. Gandolfi). Un compromis entre une approche économique du contrat –considérant que la résolution unilatérale permet une réaffectation plus rapide des ressources du créancier, dans son intérêt et celui du marché– et une approche «morale et humaniste» de la seule résolution judiciaire, est apparu possible dès lors que les conditions de la résolution unilatérale sont encadrées et qu’une contestation judiciaire reste toujours possible. La résolution par notification est ouverte dans deux cas différents selon un*

jurisprudencia francesas, apartándose del modelo decimonónico del *Code*, han posibilitado la ruptura unilateral del contrato, pues, el principio de fuerza obligatoria de los contratos, no es suficiente para echar abajo la facultad resolutoria extrajudicial, ejercida unilateralmente por el acreedor y siempre que se reúnan los requisitos de la misma.⁴⁸⁶

Por último, una vez declarada la resolución del contrato, ésta opera retroactivamente,⁴⁸⁷ borrando *ex tunc* los efectos del negocio.⁴⁸⁸ En este sentido, la doctrina francesa ha postulado en forma reiterada que la resolución opera en forma retroactiva, es decir, el contrato se considera no haberse celebrado jamás (efectos *ad initio*), salvo que se trate de un contrato de ejecución sucesiva. En éstos, la resolución (*résolution*) adquiere el nombre de *résiliation* (resciliación), produciendo sus efectos para el futuro.⁴⁸⁹

aménagement temporel, après ou avant l'inexécution". DE VINCELLES, "La resolution du contrat pour inexécution", Op. Cit., págs. 270–271.

⁴⁸⁶ Cfr.: PIZARRO WILSON, "La ruptura unilateral del contrato", Op. Cit., pág. 20.

⁴⁸⁷ En este sentido, MÉLIN señala lo siguiente: "[...] *La résolution produit l'anéantissement retroactive du contrat. Il faut donc procéder à des restitutions dans les mêmes conditions, en principe, que lorsqu'une nullité intervient (n° 174). Lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent en effet être remises dans le même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé. Le caractère rétroactif de la résolution connaît cependant une limite: si le contrat comportait une clause pénale (n° 236), celle-ci demeure applicable*". MÉLIN, *Droit des obligations*, Op. Cit., pág. 135. Por su parte, DELEBECQUE y PANSIER, expresan, con relación a la solución clásica que se otorga sobre este punto, lo siguiente: "*La résolution a un effet rétroactif; par conséquent, les parties doivent se replacer dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion du contrat: tout se passe comme si le contrat n'avait jamais existé. Cette rétroactivité est une fiction juridique: le contrat a bel et bien existé, tant dans les rapports des parties entre elles, que dans les rapports des parties avec les tiers*". DELEBECQUE y PANSIER, *Droit des obligations*, Op. Cit., pág. 164.

⁴⁸⁸ Cfr.: GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 228. En este sentido, el italiano GIORGI señala que: "Las razones o causas de esta retroactividad se hayan, a juicio de los tratadistas, tanto en la presunta intención de las partes, como en la naturaleza de la condición resolutoria verdadera y propia, la cual, al igual que la suspensiva, cumplida que sea, tiene efecto retroactivo". Cfr.: GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 228.

⁴⁸⁹ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 116.

Con todo, la resolución unilateral, como apunta la doctrina, envuelve ciertos inconvenientes, principalmente en lo que se refiere a su armonización con el plazo de gracia o cortesía. En efecto, usualmente, el acreedor requerirá de pago al deudor, una vez cumplido el plazo que tiene el deudor para cumplirla, y quizás, le fije un término de gracia para que éste cumpla, advirtiéndole que procederá a resolver el contrato si no cumple su obligación. La doctrina ha juzgado conveniente generalizar esta hipótesis para los casos en que el incumplimiento tenga el carácter de leve o estemos frente a un cumplimiento defectuoso,⁴⁹⁰ ya que, en estos casos, el acreedor no tiene la certeza de que ganará el juicio de resolución del contrato.⁴⁹¹

En la doctrina francesa, se ha dicho que una vez decretada la resolución del contrato, ésta opera con efecto retroactivo, es decir, el negocio se tiene por no celebrado, por ello, las obligaciones que hubieren nacido, pero que no se hayan cumplido, se extinguen; mas, las obligaciones nacidas y cumplidas, generan un derecho de repetición a favor del contratante que hubiera entregado o dado la cosa a la contraria. Tradicionalmente, esta retroactividad se fundamentaba en la voluntad presunta de los contratantes. Sin embargo, en la actualidad se dice que se funda en la salvaguarda de los intereses del contratante cumplidor. Además, la doctrina ha planteado que en los contratos de tracto sucesivo, como en el contrato de sociedad o el arrendamiento, la resolución no opera *ex tunc*, sino que *ex nunc*, esto es, no tiene efecto retroactivo, dándosele la denominación de terminación,⁴⁹² precisamente para distinguirla de la

⁴⁹⁰ En este sentido, DE LA MAZA GAZMURI plantea que, frente al cumplimiento defectuoso en la compraventa, el acreedor tiene la facultad para solicitar los derechos que le otorga el incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa, o, exigir que se cumpla la obligación de saneamiento. Cfr.: DE LA MAZA GAZMURI, Í.: “El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 39, n° 3, septiembre–diciembre 2012, Santiago de Chile, 2012, pág. 658.

⁴⁹¹ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8239–8240.

⁴⁹² En este sentido, MÉLIN expresa que: “*Des difficultés spécifiques peuvent surgir lorsque le contrat litigieux est à exécution successive. Il faut alors distinguer deux cas. Si le contrat n’a pas été exécuté dès l’origine, les principes précédents peuvent être mis en œuvre, de sorte qu’il y a anéantissement rétroactif du contrat (Cass. 3^e civil., 30 avr. 2003, Bull. civ. III, n° 87). Par contre, si les parties l’ont exécuté dans*

resolución (con efecto retroactivo).⁴⁹³

Cierta parte de la doctrina postula que la carencia de retroactividad en la terminación,⁴⁹⁴ obedece a la naturaleza misma de las obligaciones que derivan de ciertos negocios jurídicos, más que del carácter de ejecución sucesiva del contrato.⁴⁹⁵ Así, si se trata de una obligación de hacer, como en el caso del contrato de trabajo, la resolución no podrá ser decretada con efecto retroactivo, sino que la sentencia que la declara tendrá efectos para el futuro.⁴⁹⁶ Otra parte de la doctrina plantea que esta imposibilidad para devolver el trabajo realizado y las remuneraciones percibidas, no son fruto sino de un espejismo, pues, se podría perfectamente avaluar en dinero el trabajo realizado por el trabajador y asignarle un valor, para que éste lo restituya. La retroactividad, entonces, se

un premier temps, l'anéantissement du contrat ne vaut que pour l'avenir: on parle de résiliation". MÉLIN, *Droit des obligations*, Op. Cit., pág. 135.

⁴⁹³ En Italia, GIORGI ha señalado que: "Cuando la condición resolutoria no tiene efecto retroactivo, toma todos los caracteres del término extintivo o resolutorio, del que se diferencia únicamente por la incerteza del *quando*, que no es compatible con el término verdadero y propio". GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 394. Asimismo, en Colombia, RENGIFO GARCÍA ha señalado lo siguiente: "Es lugar común la distinción entre terminación y resolución. Se habla de la primera cuando cesan los efectos hacia futuro (*ex nunc*) de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, es decir, que hay «una incolumidad de los hechos cumplidos» y de la segunda cuando el contrato además queda retroactivamente anulado (*ex tunc*). O mejor: la terminación tiene efectos a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial; la resolución desde la fecha de la celebración del contrato". RENGIFO GARCÍA, *La terminación y resolución unilateral del contrato*, Op. Cit., págs. 1-2.

⁴⁹⁴ Al respecto, *vid.*: CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. Cuarto, Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, Decimocuarta Edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Reus, S. A., Madrid, 1988, págs. 389 y ss.

⁴⁹⁵ Sobre este punto, DELEBECQUE y PANSIER señalan que: "*Cette solution concerne les contrats à exécution successive, c'est-à-dire less contrats dans lesquels les prestations s'exécutent dans le temps; l'exemple type est le contrat de bail. La résiliation n'a pas d'effet rétroactif, et ne joue donc que pour l'avenir; le contrat est résilié dès l'inexécution de l'obligation, mais toute la période antérieure à cette inexécution est maintenue. La difficulté en pratique est de cerner les hypothèses dans lesquelles l'exécution successive des prestations est caractérisée*". DELEBECQUE y PANSIER, *Droit des obligations*, Op. Cit., pág. 165.

⁴⁹⁶ En este sentido, agregan DELEBECQUE y PANSIER lo siguiente: "*Le contrat à exécution successive se distingue du contrat à exécution instantanée; il se distingue aussi du contrat dans lequel l'exécution de l'obligation est échelonnée à raison de la volonté des parties: si les parties ont conçu leurs obligations d'une manière indivisible, la sanction est la résolution judiciaire; dans le cas contraire, la résiliation pourra être obtenue*". *Idem*.

a base en la peculiaridad de cierta clase de obligaciones, que imponen la idea de que, una vez cumplidas, no es posible la restitución de lo dado o pagado en razón de ellas, más bien por razones prácticas (para evitar posibles inconvenientes), que por razones jurídicas.⁴⁹⁷

3.5.– DE UNA PRETENDIDA Y QUIZÁS, IMPROBABLE REFORMA AL DERECHO OBLIGACIONAL FRANCÉS, PARTICULARMENTE EN LO QUE SE REFIERE AL DERECHO DE OPCIÓN.

Frente al incumplimiento contractual, en el *Code* aparecen dos remedios: (i) la ejecución forzada de la obligación, a propósito de las obligaciones de especie o cuerpo cierto,⁴⁹⁸ y (ii) la resolución por incumplimiento, en torno a las condiciones resolutorias.⁴⁹⁹ En el *Code* no se contemplan los remedios modernos, que se aplican frente al incumplimiento contractual, como son la suspensión del cumplimiento, o la reducción proporcional del precio. Ésta última, se contempla únicamente a propósito del

⁴⁹⁷ Cfr.: CORRAL TALCIANI, “La cláusula penal en la resolución del contrato”, Op. Cit., pág. 4.

⁴⁹⁸ En primer lugar, el CODE CIVIL regula a la ejecución forzada de las obligaciones, en el *Livre Troisième* (“*Des différentes manières dont ton acquiert la propriété*”), *Titre III* (“*Des contrats ou des obligations conventionnelles en general*”), *Chapitre III* (“*De l’effet des obligations*”), *Secc. I*, (“*Des obligations conditionnelles*”), *Secc. II* (“*De la condition résolutoire*”), *Secc. III* (“*De l’obligation de faire ou de ne pas faire*”) y *Secc. IV* (“*Des dommages et intérêts résultant de l’inexécution de l’obligation*”), artículos 1134 y 1155. Cfr.: CODE CIVIL, Edition 2011, Op. Cit., págs. 1312–1431. Con relación a la ejecución forzada de las obligaciones, DELEBECQUE y PANSIER, señalan que: “*Il s’agit de l’exécution en nature des obligations contenues dans le contrat. la mesure est ordonnée par le juge. Il est à noter que les droits étrangers, notamment la Common Law, n’admettent pas les sanctions en nature («specific performance»); la sanction de principe est la responsabilité contractuelle, et ce n’est que dans des cas très exceptionnels qu’une sanction en nature est admise*”. DELEBECQUE y PANSIER, *Droit des obligations*, Op. Cit., págs. 159–160.

⁴⁹⁹ El CODE CIVIL regula a la condición resolutoria en el *Livre Troisième* (“*Des différentes manières dont ton acquiert la propriété*”), *Titre III*, (“*Des contrats ou des obligations conventionnelles en general*”), *Chapitre IV* (“*De diverses espèces d’obligations*”), *Secc. I*, (“*Des obligations conditionnelles*”), § 3. “*De la condition résolutoire*”, artículos 1183 y 1184. Cfr.: CODE CIVIL, Edition 2011, Op. Cit., págs. 1458–1469. *Vid. supra*, nota nº 598, pág. 176.

contrato de compraventa, particularmente como remedio frente a un vicio redhibitorio u oculto (*actio quanti minoris*).⁵⁰⁰

Con relación a la regulación que las diversas propuestas de reforma del Derecho obligacional, podemos indicar que: **(i) El Proyecto Catala**, regula en la Sección 5ª, bajo el epígrafe “Del efecto de las convenciones”, a la resolución por incumplimiento, pero no de forma armónica a la ejecución forzada de las obligaciones, dejando a la indemnización de perjuicios, dentro de las normas sobre la responsabilidad civil. Por ello, se ha dicho que este Proyecto no es sino una mejora del *Code*, sin entrar a regular instituciones innovadoras, propias del Derecho moderno.⁵⁰¹ **(ii) El Proyecto de la Chancellerie**, es más innovador que la anterior propuesta, pues, se estructura sobre la basa del modelo seguido en diversos instrumentos internacionales. Es así, como el artículo 161 del Proyecto le otorga la facultad o derecho de opción al acreedor, para escoger de entre los diversos remedios que se contemplan. El artículo 162 regula a la excepción de contrato no cumplido, el artículo 163 a la fuerza mayor, y a continuación se establecen los remedios de que dispone el acreedor: la ejecución forzada de la obligación, la resolución (distinguiéndose tres especies de resolución: unilateral, judicial y la cláusula resolutoria). **(iii) El Proyecto Terré**, por su parte, que se inspira en los Principios *UNIDROIT* y Lando, trata de forma coherente y armónica los diversos remedios contractuales de que dispone el acreedor, ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Además, a los clásicos remedios (cumplimiento

⁵⁰⁰ Por último, el CODE CIVIL se refiere a la condición resolutoria, a propósito de las obligaciones del vendedor, particularmente la de saneamiento de los vicios redhibitorios u ocultos, en el *Livre Troisième* (“*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”), Titre VI (“*De la vente*”), Chapitre IV (“*Des obligations du vendeur*”), Secc. III, (“*De la garantie*”), § 2 (“*De la garantie des défauts de la chose vendue*”), artículos 1641 y 1649. Cfr.: CODE CIVIL, Edition 2011, Op. Cit., págs. 1966–1987. Vid. con especial interés los artículos 1644 a 1666. *Ibidem*, págs. 1978–1981.

⁵⁰¹ Cfr.: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

forzado, resolución e indemnización de perjuicios), agrega otros dos: la suspensión de la obligación por parte del acreedor y la reducción proporcional del precio.⁵⁰²

3.5.1.– LA EJECUCIÓN FORZADA DE LA DEUDA EN LOS DIVERSOS PROYECTOS.

En cuanto a la ejecución forzada de la deuda, el Proyecto Catala, opta beneficiarla, prefiriéndola sobre otros remedios frente al incumplimiento, y ello, por estar en consonancia con el principio de fuerza obligatoria de los contratos. El límite de la ejecución forzada de la obligación se encuentra en la imposibilidad de cumplimiento de la misma, sea ésta material o jurídica. El artículo 1154 del Proyecto, señala que, en el caso de las obligaciones de hacer, éstas se deben cumplir en lo posible *in natura*, salvo que se trate de obligaciones personalísimas o que, el cumplimiento forzado afecte o lesione la dignidad o libertad del deudor. En síntesis, el Proyecto Catala, no hace sino recoger la tradición jurídica francesa, sin proponer nuevas ideas, sin referirse, *v. gr.*, a la posibilidad de que sean las partes las que determinen los efectos del cumplimiento forzado o la tendencia a disminuir el daño al acreedor, consignado en los instrumentos internacionales modernos. Por su parte, en el Proyecto de la Chancellerie, se mantiene la preponderancia hacia la ejecución forzada la obligación que, al igual que en el Proyecto Catala, lo sustenta sobre la base del *pacta sunt servanda* (artículo 17).

En cuanto a los límites de la ejecución forzada de la obligación, se reemplaza la libertad y dignidad del deudor, por el excesivo coste que le pudiera suponer al contratante cumplidor, la realización forzada de la deuda y la teoría del ejercicio abusivo de los derechos (en el caso de que la ejecución forzada tuviera como única

⁵⁰² Cfr.: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

finalidad dañar los intereses y derechos del deudor). Además, no se contempla como limitación, el carácter personalísimo de la deuda.

Por último, en el Proyecto Terré, se regula el cumplimiento por naturaleza y el cumplimiento forzado de la obligación (artículos 105 y 106). Este Proyecto prescinde de la clásica y anquilosada distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Se considera entre las limitaciones de la ejecución forzada de la obligación, el excesivo coste del mismo; el carácter personalísimo de la deuda se subsume en la noción de imposibilidad. Este último Proyecto no escapa de la idea de la doctrina francesa, en orden a preferir la ejecución forzada por sobre los demás remedios contractuales. Aun cuando no se prevé el convenio de los contratantes para determinar los efectos del incumplimiento ni se cautelan los derechos del acreedor, frente al daño que le suponga la opción de alguno de los remedios contractuales.⁵⁰³

3.5.2.– LA REDUCCIÓN DEL PRECIO.

La reducción del precio constituye un eficaz remedio para el incumplimiento contractual, aunque, es una extraña noción para el Derecho francés. Únicamente se trata de ella, a propósito del contrato de compraventa, particularmente en lo que se refiere a los vicios redhibitorios (*actio quanti minoris* o acción estimatoria).⁵⁰⁴ Este supuesto remedio contractual, quizás, no es autónomo, pues, podría incluirse perfectamente dentro de la indemnización de perjuicios. Sin embargo, el Proyecto Terré contempla

⁵⁰³ Cfr.: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁵⁰⁴ En Alemania, también se regula a propósito de la redhibición y reducción del precio, en el contrato de compraventa. Cfr.: ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil*, Segundo Tomo. Derecho de obligaciones, vol. II, Doctrina especial, Primera Parte, Tercera Edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por José Ferrandis Vilella, Decimoquinta revisión por Heinrich Lehmann, Traducc. española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1966, págs. 106 y ss.

este moderno remedio, ya previsto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (artículo 9:401). Este remedio supone una rebaja proporcional del precio, en lo que fuere posible, o, mirado desde otro ángulo, una resolución parcial de la deuda, sin perjuicio de los daños que pudieran ser indemnizados.⁵⁰⁵

3.5.3.– LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

En cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios, no se denota en los distintos proyectos, la idea de reunir en un solo apartado, las normas en torno a la indemnización de perjuicios, aplicables tanto a la responsabilidad derivada por el incumplimiento de un contrato, como la surgida de una infracción al deber de conducta de todo sujeto de derecho. Es decir, se mantiene a la indemnización de perjuicios, como un clásico remedio frente al incumplimiento contractual, con algunas notas modernistas (extraídas de la jurisprudencia y doctrina), que algo de novedad le otorgan: es posible reclamar perjuicios ante un incumplimiento parcial o total de la obligación, o ante el retardo de la misma, salvo que exista fuerza mayor. Para determinar el *quantum* de la indemnización, se mantiene la regla en torno a que, para reclamar daños imprevisibles al tiempo de contratar, es menester que el deudor haya incurrido en dolo o culpa lata y se excluyen los daños indirectos. Además, se autoriza al acreedor, a reclamar el enriquecimiento que haya experimentado el deudor, producto de la infracción de la obligación (artículo 120), y se establece como regla la minimización de los perjuicios para el acreedor, (artículo 121). Aun cuando, este Proyecto es el más innovador de los tres, deja sin regulación a cuestiones que el Derecho moderno plantea, como la regulación conjunta de la indemnización para ambos tipos de responsabilidad civil.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Cfr.: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁵⁰⁶ Cfr.: *Ídem*.

3.5.4.– LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

En cuanto a la resolución por incumplimiento contractual, los tres proyectos consideran que la actual regulación decimonónica del *Code*, para sanción de la resolución debe ser modificada, pues se deben incluir, entre otras: la posibilidad de resolución unilateral o por notificación; la resolución por anticipación y mejorar los efectos de la resolución, principalmente en lo que se refiere al efecto retroactivo de la misma.⁵⁰⁷ Los proyectos distinguen cuatro clases o tipos de resolución: judicial, unilateral, voluntaria y por anticipación. Es decir, frente a un predominio de la resolución judicial, aparece la resolución unilateral (principalmente por influencia del Derecho alemán e italiano), y la resolución por anticipación.⁵⁰⁸ (i) Con relación a la resolución unilateral o resolución por notificación,⁵⁰⁹ se puede indicar que el Derecho francés, por lo sugerido en los proyectos, está cediendo ante la influencia extranjera. Aun cuando, hay que decir que la jurisprudencia ha reconocido esta especie de resolución. El Proyecto de la Chancellerie, establece que el acreedor puede, notificar al deudor, concediéndole un plazo razonable para que cumpla. Vencido este término y, habiéndose consignado en la notificación, el acreedor deberá avisarle al deudor que resuelve el contrato (se entiende resuelto el negocio desde la recepción del aviso o notificación). La constitución en mora del deudor, se justifica por el propósito del proponente de que los contratos efectivamente se cumplan, cuestión que no se exige ni en los Principios *UNIDROIT* ni en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. (ii) Resolución por anticipación.⁵¹⁰ El Proyecto de la Chancellerie regula a esta especie

⁵⁰⁷ Cfr.: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁵⁰⁸ Con relación a la resolución por anticipación, *vid.*: DE VINCELLES, “La resolution du contrat pour inexécution”, Op. Cit., págs. 273–274.

⁵⁰⁹ En este sentido, DE VINCELLES, propone el siguiente texto, para el artículo 108 (enmarcado dentro del título de la resolución): “*Article 108: La résolution d’un contrat résulte soit de l’application d’une clause résolutoire, soit, en cas de grave inexécution, d’une demande en justice ou d’une notification*”. *Ibidem*, pág. 278.

de resolución, ausente de la Propuesta del profesor Catala. El problema que se atisba con esta clase de resolución, es empoderar al acreedor, ya que de éste depende la opción de terminar el contrato, afectando el principio de fuerza obligatoria de los contratos. El Proyecto Terré agrega la facultad del acreedor para solicitarle al deudor una garantía, en orden a que cumplirá con su obligación.⁵¹¹

En cuanto a la resolución judicial, se regula en el artículo 1158-1 del Proyecto Catala; 172 del Proyecto de la Chancellerie y 110, apartado final del Proyecto Terré. En este último, es posible recurrir a la resolución judicial, mientras se haya optado por la resolución unilateral o por anticipación, es decir, la primera tiene un carácter general y, por tanto, siempre se puede recurrir a ella.

Ahora bien, aun cuando en el último tiempo, se ha pretendido desprestigiar a la resolución judicial, por las necesidades de agilidad del comercio y del mercado, no nos podemos olvidar de la importancia que ella tiene, pues, precisamente, por medio de la intervención del juez, se pretenden evitar situaciones de abuso por parte del acreedor, muchas veces, personificando grandes intereses económicos y financieros.

Por último, el Proyecto Terré termina con el efecto retroactivo de la resolución, que ha traído innumerables inconvenientes. Sin embargo, y a pesar de lo postulado por la moderna doctrina, no me parece acertado suprimir el efecto retroactivo de la

⁵¹⁰ En este sentido, DE VINCELLES señala que: “*L’admission dans notre droit de la résolution anticipée du contrat a été particulièrement discutée et n’a pas fait l’objet d’un consensus. Presente dans les Principes Lando (art. 9: 304), les Principes Unidroit (art. 7.3.3), les propositions de la chambre de commerce et d’industrie de Paris, le projet de la Chancellerie, la convention de Vienne (art. 72) ou encore le droit allemand ou la Common Law (anticipatory breach), elle a été évincée dans le projet Catala. Le code Gandolfi conditionne, quant à lui, la résolution anticipée à de strictes conditions et notamment la déclaration écrite d’inexécution par le débiteur (art. 90)*”. DE VINCELLES, “La résolution du contrat pour inexécution”, Op. Cit., pág. 273. Cfr.: CHARLERY, J.: *International trade law*, Longman Group UK Limited, London, 1993, págs. 146-147; CHUAH, J. C. T.: *Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 1998, págs. 117 y ss.

⁵¹¹ Cfr.: PIZARRO WILSON, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

resolución, pues, éste, se sustenta sobre la base de la distinción entre título y modo de adquirir, cuestión que constituye una variable marcadamente jurídica, y se apoya en consideraciones de carácter objetivo, que serán analizadas y criticadas en el Capítulo III de esta tesis.

En síntesis, es clara la tensión existente en el Derecho francés entre aquellos autores que abogan por un Derecho civil “moderno”, sustentado en variables de índole económica y que haga frente a las crecientes necesidades del mercado y la globalización, con marcadas influencias anglosajonas, por una parte, y el modelo causalista, propio del Derecho continental, estructurado sobre la base de principios arraigados en la cultura jurídica gala, y más de acuerdo con los ideales de justicia y equidad, por la otra.

4.– DERECHO ITALIANO.

4.1.– PANORAMA EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN, DESDE EL *CODICE CIVILE* DE 1865 HASTA EL *CODICE CIVILE* DE 1942.

El artículo 1165 del Código civil italiano de 1865, establecía que: “La condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos bilaterales en el caso de que una de las partes no cumpla su obligación. En tal hipótesis el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a quien no fue hecha la prestación, podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato a la otra parte, cuando esto sea posible, o su resolución con el resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente y puede concederse al demandado una dilación, según las circunstancias”.⁵¹² Resulta claro, de la lectura de esta norma, que el *Codice civile* de

⁵¹² Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 20.

1865, era de raigambre francesa, pues consagra una disposición similar al artículo 1184 del *Code*.⁵¹³ En Italia esta norma fue interpretada como una ficción parcial de una condición resolutoria tácita, pues, a diferencia de la condición resolutoria ordinaria, aquella operaba en virtud de una resolución judicial, y no *ipso iure* como ésta.⁵¹⁴ Esta norma concedía al contratante cumplidor, una mera facultad para solicitar la ejecución forzada o la resolución del contrato.⁵¹⁵ El juez, frente a la pretensión resolutoria, podía decretarla o denegarla cuando, reconociendo posible y beneficioso el cumplimiento, otorgaba un plazo al deudor para que éste cumpliera. La condición resolutoria tácita operaba retroactivamente, afectando incluso a terceros adquirentes.⁵¹⁶ En este punto

⁵¹³ Aunque se debe indicar que, los autores italianos, fundan, orgullosos, la doctrina del cumplimiento y del incumplimiento en el Derecho romano. Cfr.: BRUGI, *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, Op. Cit., págs. 378 y ss.

⁵¹⁴ En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY señala que: “La doctrina italiana interpretó este art. en términos análogos a los usuales en la interpretación del art. 1.184 del CC francés, por la doctrina de este país. Así se estimó que la condición resolutoria tácita, a diferencia de la expresa, que opera *ipso iure*, confiere una mera facultad de demandar la resolución al juez, que puede no pronunciarla cuando, reconociendo posible y satisfactoria la prestación, estime preferible otorgar una dilación a quien no la cumplió”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 35.

⁵¹⁵ Con relación a la “ejecución forzada” de las obligaciones, en Italia, BRUGI señala que: “Finalmente, la ley ofrece al acreedor insastifecho el «remedio supremo y necesario» de la ejecución forzosa en los bienes del deudor para que pueda obtener el pago «atacando» a aquél «por todas partes» con el cúmulo, con tal que no resulte excesivo, (§ 67 c. p. c.), de los varios medios de ejecución”. BRUGI, *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, Op. Cit., pág. 387

⁵¹⁶ En cuanto a los efectos de la facultad resolutoria tácita, ÁLVAREZ VIGARAY señala que: “En cuanto a los efectos de la resolución, los autores en su gran mayoría venían entendiendo que la resolución del contrato bilateral por incumplimiento opera con eficacia retroactiva real, oponible a los terceros, salvo las excepciones expresamente contenidas en la ley. Esta retroactividad se solía fundamentar en la voluntad presunta de las partes y en la asimilación legal de la condición resolutoria tácita a la condición resolutoria expresa. Ya algún autor, como por ejemplo Giorgi rechazaba este último argumento, alegando que el pacto comisorio tácito es un instituto jurídico muy diferente a la condición resolutoria. Otros, como De Ruggiero entendían que «la diferencia sustancial a este respecto entre la condición resolutoria expresa y la tácita es que la primera opera como revocación real, mientras que la tácita opera como revocación obligatoria». También Magno sostuvo que «la resolución del contrato pronunciada por el juez en virtud del art. 1.165 no perjudica los derechos que los terceros hayan eventualmente adquirido al tiempo de la transcripción de la demanda». Pero quien con más ahínco y entusiasmo se opuso a la tesis de que la resolución por incumplimiento está dotada de eficacia retroactiva real fue Bigiavi, el cual sostuvo que la resolución por incumplimiento sólo está dotada de retroactividad meramente obligatoria, si bien entendiendo por retroactividad real la oponibilidad de la resolución a los terceros adquirentes. La autoridad y prestigio de Bigiavi influyó sobre los redactores del CC italiano de 1942, los cuales, en el art. 1.458 han establecido expresamente que «La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes». ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 35–36.

existía una importante diferencia entre la condición resolutoria ordinaria o la condición resolutoria tácita: mientras que en la primera, la retransmisión de los derechos se producía de forma automática, en la segunda, generaba una obligación de hacer.⁵¹⁷

Por otra parte, al verificarse el incumplimiento, surgía la facultad para el contratante cumplidor, sin la necesidad de constituir al deudor en mora, el que debía prever las consecuencias propias a su incumplimiento, según el adagio “*inadimpleti non est adimplendum*” (“a quien ya incumplió no le es posible cumplir”). Por último, y mientras no se hubiera pronunciado la sentencia definitiva, el contrante cumplidor podía cambiar la pretensión de cumplimiento por la de resolución del contrato, y viceversa.⁵¹⁸

El *Codice civile* de 1942 es contrario a calificar al derecho de opción como una “condición resolutoria implícita”, toda vez que el incumplimiento obedece a una circunstancia propia del funcionamiento del contrato, y no es el resultado de una verdadera condición.⁵¹⁹ Es por esto, que en la actualidad no se habla de condición resolutoria expresa, sino que de “cláusula resolutoria expresa”.⁵²⁰ Asimismo, el *Codice civile* regula a la resolución, en el Capítulo XIV del Título II del Libro IV, y para ello, establece tres secciones en que trata del incumplimiento, la imposibilidad y la excesiva onerosidad respectivamente, esto es, las tres causas de la resolución,⁵²¹ aún cuando, se

⁵¹⁷ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 23–24.

⁵¹⁸ Cfr.: *Ibidem*, pág. 24.

⁵¹⁹ En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY expresa que: “En la regulación que el nuevo CC italiano hace de la resolución del contrato por incumplimiento aparece superada totalmente la doctrina de la condición resolutoria tácita. Mientras a la condición en el contrato se le dedica el Capítulo III del título II del libro IV, la resolución del contrato por incumplimiento viene regulada en el Capítulo XIV del mismo título y libro. Concretamente, el CC italiano de 1942 ha consagrado a la resolución por incumplimiento los arts. 1.453 a 1.459 [...]”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 36.

⁵²⁰ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 24. Hay que agregar que ésta, a diferencia del derecho de opción, opera *ipso iure*. Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 114 y ss.

⁵²¹ Cfr.: PUTTI, “Capitolo XXXIII. La risoluzione”, *Diritto civile*, vol. III, Op. Cit., pág. 1137.

debe indicar que la doctrina y la jurisprudencia agregan una cuarta causal de resolución: “*difetto sopravvenuto di presupposizione*”.⁵²²

En la actualidad, cuando fracasa el presupuesto en una relación contractual recíproca, tanto la doctrina como la jurisprudencia se sienten inclinados a indicar que procede declarar la resolución del contrato, aun cuando el *Codice civile* no la prevé como una causal de resolución (no se encuentra dentro de los tres supuestos típicos de resolución del contrato). Sin embargo, la aplicación de la misma se debe a la función integradora del principio de buena fe contractual,⁵²³ y así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia. Esta teoría (que fue formulada en Alemania por el pandectista WINDSCHEID, en la segunda mitad del s. XIX, bajo la expresión “*voraussetzung*” (“suposición”), al amparo del dogma de la voluntad, y, cuando se produce una frustración de los fines del negocio, surgiendo un conflicto entre la voluntad declarada y la voluntad real o intención de los contratantes. Los autores clásicos italianos indicaban que, de aceptarse esta noción, se estaría introduciendo en el Derecho civil un peligroso subjetivismo.⁵²⁴ En este mismo sentido, VAN OMMESLAGHE, se ha pronunciado en torno a la buena fe.⁵²⁵

⁵²² Cfr.: PUTTI, “Capitolo XXXIII. La risoluzione”, *Diritto civile*, vol. III, Op. Cit., pág. 1137.

⁵²³ En este sentido, BIANCA señala que: “La buena fe como principio de solidaridad contractual se especifica en dos cánones de conducta fundamentales, el primer canon, de buena fe, válido, en especial, en la formación y la interpretación del contrato, impone la lealtad del comportamiento. Por su parte, en la ejecución del contrato y de la relación obligatoria la buena fe se especifica en un segundo canon de cómo una obligación de salvaguarda; en este caso la buena fe impone a cada una de las partes obrar de manera tal de preservar los intereses de la otra con independencia de las obligaciones contractuales específicas y del deber extracontractual de *neminem laedere*. Este compromiso de solidaridad, que se proyecta más allá del contenido de la obligación y de los deberes de respeto del otro, encuentra su límite en el interés propio del sujeto, pues éste tiene que velar por el interés del otro, pero no basta el punto de sufrir un sacrificio apreciable, personal o económico. En efecto, a falta de una particular tutela jurídica del interés ajeno no se justificaría la prevalencia de ese interés sobre el interés propio del contratante”. BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., págs. 526–527.

⁵²⁴ Cfr.: PUTTI, “Capitolo XXXIII. La risoluzione”, *Diritto civile*, vol. III, Op. Cit., pág. 1140.

⁵²⁵ Cfr.: VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., págs. 168 y ss.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria es la que acepta a la teoría de la presuposición como fundamento para solicitar la resolución contractual. Sin embargo, en contra de ella, se han pronunciado varios autores italianos, entre ellos, descata SANTORO PASSARELLI.⁵²⁶

Entre los autores que apoyan la noción de presuposición, algunos señalan que ella se debe a la función de la buena fe contractual, (GALGANO, ROPPO, AMADIO y BESSONE); otros autores indican que se fundamenta por la necesidad de contraer un interés adicional a la pura operación económica, (COSTANZA) y, por último, otros acotan a la función del contrato, la necesidad de acoger esta teoría, (CATAUDELLA).⁵²⁷

4.2.– ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN EN ITALIA.

En general, la doctrina italiana ha dicho que la resolución por incumplimiento actúa en el ámbito propio de los contratos con prestaciones correlativas, frente al incumplimiento de una de esas obligaciones emergentes. Aún cuando también opera tratándose de la donación modal (artículo 793.4 del *Codice civile*)⁵²⁸ y el mutuo con intereses (artículo 1820 del *Codice civile*).⁵²⁹ En estas hipótesis, el *Codice civile*

⁵²⁶ Cfr.: PUTTI, “Capitolo XXXIII. La risoluzione”, *Diritto civile*, vol. III, Op. Cit., pág. 1141.

⁵²⁷ Cfr.: *Idem*. En este sentido, VAN OMMESSLAGHE, señala que: “*La bonne foi constitue, au même titre, par exemple, que les bonnes mœurs un «concept ouvert». Il faut entendre par là qu’il est impossible de lui donner un contenu théorique définitif et qu’il appartient au juge d’en apprécier la signification exacte dans chaque cas d’espèce et au fil de l’évolution des mœurs et des conceptions sociales*”. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 169.

⁵²⁸ El artículo 793, (“*Donazione modale*”), apartado 4º del CODICE CIVILE, dispone que: “*La risoluzione per inadempimento dell’onere, se preveduta nell’atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 874.

⁵²⁹ El artículo 1820 del CODICE CIVILE, (“*Mancato pagamento degli interessi*”), dispone que: “*Se il mutuatario non adempie l’obbligo del pagamento degli interessi, il mutuante può chiedere la risoluzione*

autoriza al contratante diligente para que pretenda la cancelación de los efectos del negocio, conservando el derecho o facultad para solicitar indemnización por daños y perjuicios. La resolución se funda en estos dos casos, en el mecanismo funcional de los negocios con prestaciones recíprocas, pues, lo que una de las partes promete, y su incumplimiento, repercute necesariamente en la obligación correlativa (sinalagma funcional). Por ello se autoriza al contratante cumplidor a sustraerse de la relación jurídica y no ejecutar su prestación.⁵³⁰ En este sentido, hay que agregar que la doctrina italiana ha señalado que debe tratarse de obligaciones recíprocas y principales. Lo anterior se basa en la excepcionalidad del artículo 1820 del *Codice civile*, que se refiere a la resolución por incumplimiento, a propósito del contrato de mutuo, en relación a los artículos 1467 y 1468 del *Codice civile*.⁵³¹ Con todo, MOSCO tiene algunas dudas en torno a esta opinión. En efecto, señala este autor que tanto espíritu como la fundamentación de la rescisión por lesión⁵³² o por imposibilidad sobrevenida,⁵³³ es contraria a esta postura, porque la resolución por incumplimiento se funda en la causa y en la sinalagmatibidad de las obligaciones recíprocas. Se argumenta que la pretendida excepcionalidad del artículo 1820 del *Codice civile* no es tal, pues, le otorga el carácter de sanción, por motivos prácticos. Además, las normas especiales que se refieren a la resolución son variadas, ello significa que esas normas excluyen la aplicación de la

del contratto”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 2033.

⁵³⁰ Cfr.: SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., págs. 349–350.

⁵³¹ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo VI, Op. Cit., pág. 1.

⁵³² En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY y DE AYMERICH DE RENTERÍA señalan que: “El Código civil italiano vigente ha englobado bajo el epígrafe «rescisión del contrato», dos figuras de impugnación de contrato en general, denominadas «acción general de rescisión por lesión» y «rescisión del contrato concluido en estado de peligro», para las cuales el legislador, con un intento de construcción unitaria, dicta normas comunes, sin perjuicio, de otras dos particulares a cada uno de los dos supuestos”. ÁLVAREZ VIGARAY, R. y DE AYMERICH DE RENTERÍA, R.: *La rescission por lesion en el Derecho civil español común y foral*, Ed. Comares, Granada, 1989, pág. 51.

⁵³³ Con relación a la imposibilidad sobrevenida, me permito recomendar un autor español: TAMAYO CARMONA, J. A.: *Falta de cumplimiento y responsabilidad en la obligación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 160 y ss.

regla general contenida en el artículo 1453 del *Codice civile*, (Exposición de Motivos, Párrafo 4º).⁵³⁴ En contra de esta opinión, como se vio, se argumenta que la resolución también opera tratándose de los contratos unilaterales, pues, una interpretación contraria restringiría notablemente el ámbito de aplicación de la resolución. Además, respecto de los artículos 1467 y 1468 del *Codice civile*, se dice que el primero se aplicaría a los contratos bilaterales, y el segundo a los contratos unilaterales. Otra parte de la doctrina, ha señalado que la primera norma se aplica para los contratos onerosos, tengan el carácter de sinalagmático o unilateral; la segunda, en cambio, rige para los negocios gratuitos o de beneficencia. Por último, de aceptarse la interpretación que postula que la resolución únicamente rige para los contratos bilaterales, muchas normas (establecidas a propósito de negocios unilaterales y que tienen carácter general), quedarían desconectadas del concepto general de resolución por incumplimiento.⁵³⁵

4.3.– CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN EN ITALIA.

En Italia, los principales caracteres de la resolución por incumplimiento, son los siguientes:

(i) La resolución por incumplimiento ha de basarse en un incumplimiento de cierta entidad o relevancia, esto es, no basta un incumplimiento mínimo.⁵³⁶ En este sentido, el artículo 1455 del *Codice civile* dispone que el contrato no se puede resolver si el incumplimiento es de escasa importancia con relación a los intereses de la contraparte.⁵³⁷

⁵³⁴ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo VI, Op. Cit., pág. 1.

⁵³⁵ Cfr.: *Ibidem*, págs. 1 y 2.

⁵³⁶ En este sentido, *vid.*: *Ibidem*, págs. 2 y 3.

⁵³⁷ Dispone el artículo 1455 del CODICE CIVILE, (“*Importanza dell’inadempimento*”), lo siguiente: “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarza importanza, avuto*

La doctrina italiana, en general, distingue tres casos de incumplimientos: (a) cumplimiento inexacto de obligaciones principales; (b) incumplimientos de obligaciones accesorias y (c) retraso en el cumplimiento de las obligaciones principales.⁵³⁸ En los dos primeros casos, si el incumplimiento es de poca o escasa relevancia, no hay derecho a pedir la resolución del contrato, ni judicial ni extrajudicialmente. En el tercer caso, si es relevante la entidad del incumplimiento, habrá lugar a la resolución, cuando exista duda acerca de si el retraso provoca o no perjuicio para el acreedor cumplidor. Además, en las dos primeras hipótesis, la desestimación de la entidad del incumplimiento, está condicionada al hecho de que el contratante diligente haya efectivamente cumplido su obligación o esté llano a hacerlo. Sobre este punto, el Derecho italiano se diferencia del francés, pues, para éste último, la gravedad del incumplimiento es una cuestión de hecho, determinada por el juez de fondo, el que debe atender a la presunta voluntad de los contratantes y a los fines prácticos del negocio.⁵³⁹

En general, en Italia se ha planteado que el incumplimiento, para llegar a ser fundamento de la acción resolutoria, debe ser de cierta importancia, esto es, disminuir el interés del contratante cumplidor, pues, de lo contrario, deberá el juez denegar la pretensión resolutoria.⁵⁴⁰

riguardo all'interesse dell'altra". Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza, Op. Cit., pág. 1660.

⁵³⁸ La doctrina italiana ha utilizado el vocablo incumplimiento en sentido amplio. Así, para BRUGI el incumplimiento de la obligación "[...] que tanto puede significar retraso en la ejecución de la obligación, o incumplimiento temporal, cuanto el incumplimiento propio y verdadero, o incumplimiento definitivo de la misma". BRUGI, *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, Op. Cit., pág. 379.

⁵³⁹ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 40.

⁵⁴⁰ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., pág. 7. En este sentido, señala MOSCO que: "Por lo demás, para que la interposición de la demanda pueda despojar al deudor de la facultad de purgar la mora, es necesario que el cumplimiento tenga todavía en aquel momento la importancia requerida por el art. 1.455 del C.C. Esto responde efectivamente, y ante todo, a un principio general de derecho procesal,

La doctrina, tratando de resolver la ambigüedad que presenta la norma en comento, ha dicho que se debe abandonar el criterio subjetivo, conforme al cual se debe estar al interés del contratante cumplidor, es decir, a su voluntad presunta.⁵⁴¹ Por ello, se debe atender al criterio objetivo, esto es, para determinar la gravedad o importancia del incumplimiento,⁵⁴² el juez debe analizar la entidad del incumplimiento, con relación al equilibrio de las prestaciones.⁵⁴³ En este sentido se pronuncia MOSCO.⁵⁴⁴

El criterio objetivo, indica que el tribunal debe establecer el grado de influencia efectiva que tiene o puede tener el incumplimiento, sobre la relación jurídica, teniendo presente la finalidad práctica que está llamada a cumplir la institución, salvo que la ley

según el cual, la ley debe aplicarse como si aquello sucediese en el momento de la demanda; esto es, que normalmente no sólo los presupuestos procesales sino también los sustantivos de la acción, deben existir al tiempo de la demanda. Por lo tanto, el juez no podrá admitir una demanda de resolución fundada en un incumplimiento, que al proponerse aquella había perdido ya su gravedad. Por lo demás, la máxima del Tribunal Supremo responde exactamente a la finalidad de la institución resolutoria, puesto que si con anterioridad a la demanda el deudor ha cumplido una parte notable de la prestación divisible, y cuando asimismo ha reparado al menos parcialmente, su precedente violación de la obligación, es natural que deba considerarse satisfecho, sino en todo, en parte, el interés del aceptor, y por tanto, no pueda darse lugar a la resolución”. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., pág. 8.

⁵⁴¹ Cfr.: *Ibidem*, págs. 2 y 3.

⁵⁴² En este sentido, MOSCO señala lo siguiente: “Ambas opiniones, [criterios subjetivo y objetivo] han tenido y tienen todavía partidarios en la doctrina francesa y en la nuestra [italiana]. La discrepancia, deriva esencialmente de no haberse tenido en cuenta suficientemente la fuente de las normas de la resolución judicial y de haberse dado importancia a algunas especiales características de la sentencia, producto de la importancia del incumplimiento. En efecto, recordemos ante todo que como se ha dicho más atrás, las normas sobre la resolución traen su origen inmediato de la voluntad legal, por lo que respecto a ellas la voluntad privada sólo constituye la ocasión, esto es, la posibilidad de que tales normas hallen aplicación en un contrato con prestaciones correlativas. De esto se sigue que, salvo el caso en que las partes hayan estipulado una cláusula resolutoria expresa o pactado un término esencial, la adopción del criterio subjetivo, esto es, fundado en la presumible voluntad de las partes es absurdo, porque tal voluntad no existe. La resolución deriva de la voluntad legal, y las normas que la regulan, como todas las que integran la disciplina de un tipo de negocio o una categoría de ellos, no consciente referencia a una pretendida voluntad privada”. *Ibidem*, pág. 28.

⁵⁴³ Ahora bien, en cuanto al momento en que el juez debe apreciar la gravedad del incumplimiento, se debe atender al momento en que éste se ha producido y no al tiempo de celebración del contrato. Cfr.: *Ibidem*, pág. 27.

⁵⁴⁴ En este sentido, señala MOSCO que: “Por tanto, el criterio de valoración será necesariamente objetivo [...]”. *Ibidem*, pág. 28.

disponga otra cosa, v. gr., los artículos 1584.2,⁵⁴⁵ 1618⁵⁴⁶ y 1820 del *Codice civile*.⁵⁴⁷

En este sentido, cierta parte de la doctrina italiana, ha postulado que para establecer la existencia de este presupuesto, es necesario atender a cierto valor predeterminado, noción que hace alusión a una violación del contrato, mirada desde el punto de vista objetivo, mientras que las circunstancias subjetivas que originaron el incumplimiento, servirían para determinar la indemnización por daños y perjuicios a que tiene derecho el contratante cumplidor. Así lo ha reconocido la jurisprudencia italiana (*Cass.* 2852/82; *Cass.* 4020/84; *Cass.* 3408/86).⁵⁴⁸ La conclusión anterior se extrae del análisis de los artículos 1218 y 1176 del *Codice civile*.⁵⁴⁹ Por último, se ha

⁵⁴⁵ El artículo 1584, (“*Diritti del conduttore in caso di riparazioni*”), apartado 2º del CODICE CIVILE, dispone que: “*Indipendentemente dalla sua durata, se l’esecuzione delle riparazioni rende inabitabile quella parte della cosa che è necessaria per l’alloggio del conduttore e della sua famiglia, il conduttore può ottenere, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1811.

⁵⁴⁶ El artículo 1618 del CODICE CIVILE, (“*Inadempimenti dell’affittuario*”), dispone que: “*Il locatore può chiedere la risoluzione del contratto, se l’affittuario non destina al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa, se non osserva le regole della buona tecnica, ovvero se muta stabilmente la destinazione economica della cosa*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 1834.

⁵⁴⁷ Para MOSCO, el criterio objetivo de valoración supone considerar “[...] todo aquel que tome como base el tipo de contrato en cuestión y que juzgue si la interdependencia funciona entre las prestaciones correlativas se ha visto probablemente perturbada por el incumplimiento, esto es, perturbada hasta el extremo de disminuir el interés del acreedor. Si el criterio objetivo prescindiera de esta valoración en el incumplimiento abstrayéndose del hecho litigioso concreto y procediere a una valoración puramente abstracta, es decir, ateniéndose exclusivamente al tipo de contrato, entonces no serviría seguramente al objeto y se pondría en conflicto con la ley. Así, pues, el criterio objetivo deberá realizar la valoración de aquellos que forma el contenido del contrato en concreto, ateniéndose no sólo a sus propias cláusulas sino también a toda otra declaración de la puedan deducirse los fines particulares que el acreedor pensaba realizar con el exacto cumplimiento de la prestación que se le debía. Además, tal criterio deberá tener en cuenta todas las circunstancias coetáneas como posteriores al contrato, debiéndose tener en cuenta para estas últimas su previsibilidad o imprevisibilidad ya que éstas también pueden disminuir el interés del acreedor tanto más fácilmente cuando el referido acreedor al no preverlas al tiempo del contrato no ha podido garantizarse contra ellas”. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., págs. 28–29.

⁵⁴⁸ Cfr.: COSTANZA, M^a.: “Artt. 1453– 1462”, *Commentario al Codice civile*, Volume quarto, arts. 1173– 1654, Paolo Cendon (Direct.), Unione Tipografico–Editrice Torinese, Torino, 1991, pág. 830.

⁵⁴⁹ El art. 1218 del CODICE CIVILE, que se refiere a la “*Responsabilità del debitore*”, dispone lo siguiente: “*Il creditore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che linadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante*

indicado que la resolución no procede frente al incumplimiento recíproco de las obligaciones contractuales, pues, la resolución constituye una sanción en contra del deudor incumplidor. Además, se ha dicho que la resolución es un remedio para una enfermedad que afecta al sinalagma, por ello, procede incluso cuando el incumplimiento no obedece a dolo o culpa del contratante incumplidor.⁵⁵⁰

(ii) La relevancia del incumplimiento es determinada por el juez, conforme a su arbitrio.⁵⁵¹ En este punto, la doctrina italiana plantea que pueden existir dos clases de incumplimiento: (a) incumplimiento absoluto, que se presenta cuando, el acreedor únicamente puede solicitar el cumplimiento forzado o la resolución del contrato; en este caso, no existe mayor inconveniente para que el juez pueda fijar la importancia del incumplimiento. (b) El problema se presenta frente a un incumplimiento parcial, es decir, cuando el deudor ha dado o entregado sólo una parte de la prestación (incumplimiento cuantitativo), o bien, ha dado o pagado la prestación total, pero en una calidad que no se ajusta a la estipulada, (incumplimiento cualitativo). Ahora bien, para establecer si la falta de cantidad y/o calidad, determina la gravedad del incumplimiento, será preciso determinar si esta falta disminuye o no la utilidad del acreedor. El criterio

da causa a lui non imputabile". Por su parte, el art. 1176, que se titula "*Diligenza nell'adempimento*", dispone que: "*Nell'adempimento dell'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*". Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., págs. 1300 y 1246, respectivamente.

⁵⁵⁰ Cfr.: COSTANZA, "Artt. 1453– 1462", Op. Cit., pág. 830. En el caso de incumplimiento recíproco, esta autora señala que: "*Sulla questione [el incumplimiento recíproco] l'orientamento prevalente della giurisprudenza (Cass. 3044/80; Cass. 4011/84) è nel senso di valutare comparativamente gli atteggiamenti dei contraenti, al fine di stabilire, in funzione dell'entità delle reciproche inadempienze e del loro rapporto causale, contro quale delle parti contrattuali debba essere pronunciata la risoluzione*". *Ibidem*, pág. 831.

⁵⁵¹ En Italia, la doctrina postula que debe tratarse del incumplimiento de una obligación principal, para que pueda operar la resolución de la misma, cuestión que se deduce de los artículos 1543 y ss., 1820, 1618, 1901, 1924 y 1584 del CODICE CIVILE. Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., pág. 37.

de la disminución de la utilidad del acreedor es tan relevante,⁵⁵² que también se aplica cuando existe un retraso en el cumplimiento de la obligación.⁵⁵³

Por último, se ha dicho que, para que proceda la resolución, deberá incumplirse una obligación principal. La cuestión es determinar ¿qué se deberá entender por obligación principal? La doctrina, sobre este punto, señala que son principales, todas aquellas obligaciones cuya finalidad precisa es la obtención del resultado típico de un negocio determinado y aquellas que sirven para impedir que una de las partes se beneficie injustificadamente a costa de la contraparte.⁵⁵⁴

Con todo, para MOSCO, también el incumplimiento de una obligación accesoria, puede dar lugar a la resolución, cuando se hace imposible o dificulta el cumplimiento de la obligación principal, v. gr., el *Codice civile*, en materia de renta vitalicia, dispone que ésta constituye un contrato aleatorio, y por lo tanto, respecto de ella no procede la resolución por el incumplimiento de la obligación especial, salvo en caso de que el deudor de la renta no haya otorgado al acreedor las garantías estipuladas o las disminuye,⁵⁵⁵ (artículos 1877 y 1878 del *Codice civile*).⁵⁵⁶ Asimismo, cuando la

⁵⁵² Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., págs. 41–42.

⁵⁵³ En este sentido, MOSCO señala que: “Se trata de aplicar aquí el criterio general de la disminución de la utilidad en la prestación. Tal criterio asume, en este grupo de hipótesis (cumplimiento tardío de varias clases de prestaciones), un aspecto particular consistente en que la prestación o parte considerable de ella por la que el deudor ha incurrido en mora, no satisfaga ya, al cumplirse con retraso, el interés del acreedor. Son variadísimas las causas que pueden concurrir con el retraso a provocar un efecto perjudicial. Unas pueden estar presentes y ser previstas en el momento de la estipulación del contrato; otras pueden ser sobrevenidas y eventualmente imprevisibles; y algunas pueden presentarse como verdaderas y propias con causas que no han roto el nexo causal entre el incumplimiento relativo y el efecto perjudicial. Éste es exactamente el grupo de hipótesis de incumplimiento en el que encuentran plena aplicación las precisiones hechas con anterioridad sobre el criterio objetivo que debe adoptarse en la valoración del incumplimiento”. *Ibidem*, pág. 47.

⁵⁵⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 50.

⁵⁵⁵ Cfr.: *Ibidem*, págs. 51–52.

⁵⁵⁶ El art. 1877 del CODICE CIVILE, cuyo epígrafe es “*Risoluzione del contratto di vitalizio oneroso*”, dispone que: “*Il creditore di una rendita vitalizia costituita a titolo oneroso può chiedere la risoluzione del contratto (1453 e seguenti), se il promittente non gli dà o diminuisce le garanzie pattuite (1461)*”. Por

obligación accesorio,⁵⁵⁷ sea por el consentimiento de las partes o por la naturaleza del negocio, forma parte integrante de la obligación principal correlativa, podría dar lugar a la resolución del contrato, por ejemplo, a propósito del subarriendo (art. 1594 del *Codice civile*).⁵⁵⁸ Con el fin de establecer cuando la cláusula de prohibición, da lugar a la resolución del contrato, se debe distinguir entre las distintas maneras en que se consagra la prohibición: (a) Si del análisis de la cláusula, se concluye directa o indirectamente, la intención de los contratantes en orden a que cualquiera especie de violación a dicha prohibición signifique la resolución del contrato, debe estarse a aquella intención, debiendo el tribunal proceder a declarar la resolución sin calificar la gravedad de la infracción. (b) Si la cláusula tan sólo establece la prohibición, pero de ella no se deduce la intención de las partes en orden a sustraer del juez, el análisis de la gravedad de la contravención, entonces, el tribunal declarará la resolución del contrato,⁵⁵⁹ cuando estime que la violación de la prohibición tiene el carácter de

su parte, el art. 1878, que se titula “*Mancanza di pagamento delle rate scadute*”, dispone que: “*In caso di mancato pagamento delle rate di rendita scadute, il creditore della rendita, anche se e lo stesso stipulante, non può domandare la risoluzione del contratto (1453 e seguenti), ma può far sequestrare e vendere (Cod. Proc. Civ. 501 e seguenti, 670 e seguenti) i beni del suo debitore affinché col ricavato della vendita si faccia l'impiego di una somma sufficiente ad assicurare il pagamento della rendita (vedere anche Leggi Speciali, Fallimento)*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., págs. 2081 y 2082.

⁵⁵⁷ En este sentido, la jurisprudencia italiana ha decretado que, frente a un contrato, cuya finalidad era constituir o transferir un derecho de goce sobre una posada y taberna, uno de los contratantes debía tomar la posada dentro de un plazo estipulado. Expirado el término, el juez consideró que la negativa del acreedor a recibir la posada, constituía un incumplimiento contractual. Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., pág. 64.

⁵⁵⁸ El art. 1594 del CODICE CIVILE, cuyo epígrafe es “*Sublocazione o cessione della locazione*”, dispone que: “*Il conduttore, salvo patto contrario, ha facoltà di sublocare la cosa locatagli, ma non può cedere il contratto senza il consenso del locatore (1406). Trattandosi di cosa mobile, la sublocazione deve essere autorizzata dal locatore o consentita dagli usi*”. CODICE CIVILE, Op. Cit., 2000. En <<http://www.jus.unitn.it/>>.

⁵⁵⁹ Con respecto a la constitución en mora del deudor incumplidor, COSTANZA señala que: “*Ove a fondamento della domanda di risoluzione si assuma il ritardo del debitore nell'esecuzione della prestazione, si pone il problema della necessità, o meno, della preventiva costituzione in mora dell'obbligato. È certamente corretta la tesi che nega la necessità della preventiva costituzione in mora quando il fatto ascritto al debitore riguarda difetti di esecuzione della prestazione diversi dall'intempestività dell'adempimento*”. COSTANZA, “Artt. 1453– 1462”, Op. Cit., pág. 831.

grave.⁵⁶⁰ Por último, el sistema italiano tiende a prescindir de todo elemento subjetivo (culpa o dolo), a fin de calificar el comportamiento del deudor incumplidor.⁵⁶¹

(iii) El *Codice civile* se pone en el caso de que, existiendo una imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación, cual debe ser la conducta que debe tener el otro contratante.⁵⁶² Es decir, el *Codice civile* se pone en el caso de que existe una imposibilidad sobrevenida en una de las obligaciones recíprocas, y trata de responder a la siguiente pregunta: ¿qué ocurre con la obligación correlativa?⁵⁶³ El *Codice civile* se refiere a la imposibilidad sobrevenida en dos partes: (i) Como modo de extinguir las obligaciones diverso del pago, en el Capítulo IV del Título I del Libro IV (“De la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor”), entre los artículos 1256 y 1259.⁵⁶⁴ En estas normas no se trata específicamente de la imposibilidad sobrevenida de una de las obligaciones recíprocas en un contrato sinalagmático. (ii) En la Sección Segunda, (“De la imposibilidad sobrevenida”) Capítulo XIV, (“De la resolución del contrato”) del Título II, Libro IV del *Codice civile*, entre los artículos 1463 a 1466 trata de este tema en particular.⁵⁶⁵ En este sentido, la Sentencia de Casación civil, de 22 de

⁵⁶⁰ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., págs. 55–56.

⁵⁶¹ Cfr.: SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., pág. 353; Cfr.: COSTANZA, “Artt. 1453–1462”, Op. Cit., pág. 831.

⁵⁶² Cfr.: SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., págs. 354–355.

⁵⁶³ Al respecto, vid.: TRABUCCHI, A.: *Instituciones de Derecho civil*, T. II, Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones “mortiscausa”. Donaciones. Traducc. de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, págs. 64 y ss.

⁵⁶⁴ Vid.: TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, Undicesima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 1996, págs. 382–383.

⁵⁶⁵ En este sentido, el italiano TRIMARCHI señala lo siguiente: “Se la prestazione diventa totalmente impossibile per una causa non imputabile al debitore, l’obbligazione si estingue (art. 1256 cod. Civ.) e il debitore va esente da ogni responsabilità sia sopravvenuta durante la sua mora: art. 1221 cod. Civ.). se si tratta di un contratto unilaterale, la liberazione del debitore svuota il contratto stesso di ogni contenuto e non vi sono problema ulteriori. Nei contratti a prestazioni corrispettive la parte liberata dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta perde, di resgola, il diritto alla controprestazione (art. 1463 cod. Civ.). ciò dipende dal rapporto sinallagmatico fra le prestazione. L’una trova il proprio corrispettivo nell’altra: se l’una obbligazione si estingue pero impossibilità sopravvenuta,

diciembre de 1983, n° 7580 señala que: “La sopravvenuta impossibilità della prestazione, se non è imputabile al debitore, determina l’estinzione dell’obbligazione, mentre, se è imputabile al debitore, determina la conversione dell’obbligazione di adempimento in quella di risarcimento del danno e, se costituisce l’oggetto di un contratto a prestazioni corrispettive, dà luogo, altresì all’azione di risoluzione per inadempimento)”.⁵⁶⁶

Por otra parte, el artículo 1463 del *Codice civile* italiano, dispone que: “En el contrato con prestaciones correspectivas, la parte liberada por la sobrevenida imposibilidad de la prestación debida no puede exigir la contraprestación, y debe restituir la que ya hubiera recibido, según las normas relativas a la repetición de lo indebido”.⁵⁶⁷ Es decir, el riesgo es de cargo del deudor, toda vez que deberá soportar la

*correlativamente si estingue anche l'altra, essendone venuta meno la giustificazione. Di conseguenza, la prestazione rimasta possibile non dovrà essere eseguita; se già eseguita, dovrà essere restituita secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito. Il contratto resta allora svuotato di effetti: esso è risolto per impossibilità sopravvenuta. Il concetto di «impossibilità non imputabile» ha qui lo stesso significato che nell'art. 1218 cod. Civ., relativo alla responsabilità per inadempimento: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta opera solo se l'impossibilità ha le caratteristiche necessarie per esimere il debitore da responsabilità (v. supra, §§ 1.4 e 1.5). Inoltre, la risoluzione del contratto è esclusa quando l'impossibilità della prestazione è dovuta alla mancata cooperazione del creditore o sopravviene durante la sua mora (v. supra, § 1.6). la norma sulla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta è derogabile dalle parti, le quali possono disporre una diversa regolamentazione dagli effetti dello scioglimento del contratto, o possono escluderlo con riguardo a determinati eventi: ciò significa disporre obblighi di garanzia, il cui adempimento, com'è ovvio, è sempre possibile”. TRIMARCHI, P.: *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 2010, págs. 221–222.*

⁵⁶⁶ SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL, de 22 de diciembre de 1983, n° 7580. Cfr.: PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V.: “I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze”, *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, Luigi Viola (Coord.), Introduzione di Massimo Franzoni, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, S. p. A., Milano, 2010, pág. 393. En este mismo sentido, estos autores señalan que: “L'impossibilità che qui ci occupa, tuttavia, per realizzare l'effetto (estintivo) suindicato deve rispettare anche alcuni ulteriori requisiti. Innanzitutto e in primis deve, per l'appunto, essere sopravvenuta, poiché è pacifico che un'impossibilità originaria renderebbe nullo lo stesso atto dal quale l'obbligazione dovrebbe nascere, cosicché si avrebbe a che fare non con un'ipotesi di estinzione ma di inesistenza giuridica della stessa obbligazione. Per l'applicazione della norma in questione, infatti, la Suprema Corte ha precisato innumerevoli volte che si richiede come indefettibile presupposto, che la circostanza sopravvenuta non sia prevedibile al momento del perfezionamento del contratto, dovendo consistere in un evento che abbia il carattere dell'assolutezza e dell'oggettività, sì da escludere qualsiasi profilo di colpa imputabile (Cass. Civ., 27.2.04, n. 4016, in *Contratti*, 2004, 1103)”. *Ídem*.

⁵⁶⁷ En este sentido, GALGANO señala lo siguiente: “L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per

pérdida, debiendo a su vez cumplir su obligación correlativa.⁵⁶⁸ La doctrina, además, indica que esta norma constituye una regla especial, que ha de aplicarse para salvar el sensible vacío que arroja el Capítulo IV del Título I del Libro IV del *Codice civile*, que trata precisamente de la resolución del contrato.⁵⁶⁹

Distinto a lo anterior es el caso de que existe una excesiva onerosidad sobrevenida.⁵⁷⁰ A esta cuestión se refiere el artículo 1467 del *Codice civile*,⁵⁷¹ titulado

causa non imputabile al debitore comporta, come è detto a suo luogo (n. 22), l'estinzione dell'obbligazione. Qui si deve considerare l'ipotesi che l'obbligazione estinta derivasse da un contratto a prestazioni corrispettive: l'impossibilità sopravvenuta di una prestazione rende, in tal caso, priva di ogni giustificazione la controprestazione. Essa comporta, perciò, la risoluzione del contratto, dal quale l'obbligazione estinta derivava, e comporta, quindi, anche l'estinzione della obbligazione dell'altra parte. Ne consegue che la parte liberata dall'obbligazione per la sopravvenuta impossibilità della propria prestazione non può chiedere la controprestazione e, se l'ha già ricevuta, deve restituirla (art. 1463). La risoluzione del contratto opera qui di diritto: la controparte non ha bisogno, per rifiutare la propria prestazione, di promuovere un giudizio che accerti preliminarmente la legittimità del rifiuto; lo dovrà promuovere, naturalmente, se aveva già eseguito la sua prestazione e l'altra parte si rifiuta di restituirla. Ma, anche in questo caso, non chiederà al giudice di risolvere il contratto, che è già risolto di diritto, bensì solo una sentenza dichiarativa della già avvenuta risoluzione e la restituzione della già eseguita prestazione, da essa non dovuta". GALGANO, F.: *Il contratto*, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Verona, 2007, pág. 517.

⁵⁶⁸ A este respecto, me permito citar el CÓDIGO CIVIL JAPONÉS, que establece una regla similar, en cuanto a que el riesgo es de cargo del deudor, siempre que éste sea imputable a aquél. En efecto, dispone el artículo 543 ("Resolución por imposibilidad"), lo siguiente: "El acreedor podrá resolver el contrato cuando la prestación devenga total o parcialmente imposible por causa imputable al deudor". CÓDIGO CIVIL JAPONÉS, Estudio preliminar, Traducc. y notas por Rafael Domingo y Nobuo Hayashi, Prólogo de Antonio Garrigues Walker, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2000, pág. 183.

⁵⁶⁹ Cfr.: CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Op.Cit., págs. 362–364. Por su parte, el CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS de 1966, en su artículo 795 ("Contratos bilaterais"), dispone que: "[...] 1. Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa [...]". CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS, 12.^a edição, Anotado y actualizado, Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pág. 276.

⁵⁷⁰ En este sentido, GALGANO expresa que: "Questo carattere di commutatività del contratto si manifesta con tutta evidenza nella disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. Questa riguarda i contratti la cui esecuzione è destinata a protrarsi nel tempo, siano essi contratti a esecuzione differita oppure contratti a esecuzione continuata o periodica: può accadere che, nel tempo intercorrente fra il momento della conclusione del contratto e quello della esecuzione di una delle prestazioni, sopraggiungano avvenimenti straordinari e imprevedibili, come un abnorme tasso di inflazione monetaria, per effetto dei quali la prestazione di una delle parti diventi eccessivamente onerosa rispetto al valore della prestazione dell'altra. In questi casi la parte che deve la prestazione diventata eccessivamente onerosa può domandare la risoluzione giudiziale del contratto (art. 1467, comma 1°); e l'altra parte, se vuole evitare la risoluzione, può offrire di modificare equamente le

“Contratto con prestazioni corrispettive”, el que dispone lo siguiente: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.⁵⁷²

Con relación a la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, la doctrina italiana ha planteado que en las épocas posteriores a la Gran Guerra, en algunas ocasiones ha cambiado el valor de las cosas, por ello, cuando la deuda experimenta un incremento imprevisible, fuera de todo pronóstico, la justicia impone que se debe restablecer el equilibrio roto. También la rescisión por causa de lesión *ultra dimidium*, intenta erigirse como un eficaz remedio para lograr el restablecimiento del equilibrio conmutativo. Para que se produzca lo anterior, se requiere que exista un hecho

condizioni contrattuali (art. 1467, comma 3°): a seconda dei casi, di ridurre l’ammontare della prestazione diventata eccessivamente onerosa oppure di accrescere l’ammontare della propria prestazione”. GALGANO, *Il contratto*, Op. Cit., pág. 521. Vid. también: PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V.: “I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze”, *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, Luigi Viola (Coord.), Introduzione di Massimo Franzoni, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, S. p. A., Milano, 2010, págs. 399 y ss.

⁵⁷¹ En este sentido, GABRIELLI señala que: “Alla disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità (ed ai suoi rimedi) il legislatore ha in ogni caso voluto sottrarre sia i contratti aleatori per loro natura, sia quelli tali per volontà delle parti (art. 1469 c.c.). la qualificazione dogmatica dei contratti aleatori, e la delineazione dei confini della categoria, necessaria per individuare la disciplina applicabile, al di là dei problemi metodologici che il tema ha sollevato, può ricondursi, anche per esigenze di sintesi espositiva, a due principali concezioni: funzionale e strutturale. La dottrina e la giurisprudenza più legate alla tradizione considerano aleatori quei contratti nei quali al momento della conclusione è impossibile valutare la relazione di reciprocità tra vantaggi e perdite, così che il vantaggio patrimoniale, che da un evento incerto può derivare ad uno o all’altro dei contraenti, costituirebbe la nota distintiva della categoria”. GABRIELLI, E.: *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, págs. 13–15.

⁵⁷² Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1674. Con relación a esta materia, cfr.: TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Op. Cit., págs. 235–236.

extraordinario e imprevisible y, además, que ese hecho torne excesivamente onerosa la prestación de una de las partes, de tal manera que supere los límites económicos normales, que se determinan por la oferta y la demanda.⁵⁷³

En relación a la noción de “*sopravvenienza*”,⁵⁷⁴ la Sentencia de Casación civil, de 24 de abril de 1982 señala que: “*La risoluzione per impossibilità sopravvenuta, analogamente a tutte le ipotesi (risoluzione per inadempimento, annullamento) in cui vengono meno dopo la costituzione del rapporto lo stesso fondamento e causa dell’obbligazione, è pur sempre caratterizzata da un elemento sopravvenuto alla formazione del vincolo obbligatorio, il quale, impedendone l’attuazione ed incidendo sul sinalagma funzionale del rapporto, è riconducibile, negli effetti, alle suindicate ipotesi di sopravvenuta mancanza di causa della obbligazione*”.⁵⁷⁵ Por su parte, la doctrina italiana ha señalado que el concepto de “*sopravvenienze*”,⁵⁷⁶ que usualmente se atribuye a factores que acontecen después de la celebración del negocio jurídico, esto es, en el lapso que media entre el nacimiento de la obligación y su efectivo cumplimiento, como por ejemplo, los hechos de la naturaleza, los actos de autoridad, etc., hacen que el

⁵⁷³ Cfr.: TRABUCCHI, *Istituciones de Derecho civil*, T. II, Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones «*mortiscausa*». Donaciones. Op. Cit., págs. 220–221.

⁵⁷⁴ En este sentido, *vid.*: TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., pág. 379.

⁵⁷⁵ SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL, de 24 de abril de 1982. Cfr.: PLENTEDA y RIGHETTI, “I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze”, Op. Cit., págs. 401–402. Al respecto, *vid.* también [Jurisprudencia administrativa]: SENTENCIA N° 3597 DE CONSIGLIO DI STATO, de 8 de julio de 2013; SENTENCIA N° 6297 DE CONSIGLIO DI STATO, de 10 de diciembre de 2012; SENTENCIA N° 3262 DE CONSIGLIO DI STATO, de 31 de mayo de 2012; SENTENCIA N° 2406 DE CONSIGLIO DI STATO, de 24 de abril de 2012; SENTENCIA N° 5829 DE CONSIGLIO DI STATO, de 18 de agosto de 2010; SENTENCIA N° 2568 DE CONSIGLIO DI STATO, de 4 de mayo de 2010. [Jurisprudencia civil menor] SENTENCIA N° 2525 DE CAMPANIA, NAPOLI, de 11 de mayo de 2009; SENTENCIA N° 1218 DE ABRUZZO, L’AQUILA, de 13 de noviembre de 2008. [Jurisprudencia administrativa menor] SENTENCIA N° 36 DE C.G.A.R. SICILIA, de 31 de enero de 2014. Cfr.: <www.vlex.com>.

⁵⁷⁶ En este sentido, BARBERO, señala que: “*Se l’esecuzione della prestazione diventa impossibile dopo «sorta l’obbligazione» ma prima della «scadenza del debito» (dopo la scadenza del debito vi sarebbe la «mora», e i suoi effetti sul reschio li abbiamo già veduti), qualunque sia la causa dell’impossibilità, materiale o giuridica, cioè mancanza della cosa o divieto di prestarla (c. d. factum principis), sol che non sia imputabile in qualche modo all’obbligatio (caso fortuito o forza maggiore), e purchè sia assoluta (la difficoltà pur gravissima non tollit obligationem, questo è sciolto dal vincolo senz’alcuna responsabilità [...])*”. BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*, vol. Secondo, Obbligazioni e contratti, successioni per causa di morte, Op. Cit., pág. 91.

contrato original deba ser modificado, para ajustarlo a las nuevas circunstancias fácticas.⁵⁷⁷ Los hechos imprevistos pueden aparecer después de la celebración del contrato, son inesperados, y hacen que al momento de la ejecución de las prestaciones, se produzca un desequilibrio entre ellas.⁵⁷⁸

(iv) En cuanto a la acción resolutoria, ésta es una acción constitutiva,⁵⁷⁹ porque su objeto es destruir la eficacia de la relación jurídica, cuando su subsistencia no suponga un interés apreciable.⁵⁸⁰ La resolución por incumplimiento no opera automáticamente, sino que requiere de un pronunciamiento judicial, pues, es el tribunal el encargado de establecer si estamos frente a un incumplimiento y si éste es capaz de justificar la terminación del negocio. Una vez que se presentó la demanda de resolución, ya no es posible solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, ni tampoco la concesión de un término de gracia (artículo 1453, apartado 2º del *Codice civile*).⁵⁸¹ La

⁵⁷⁷ En este sentido, *vid.*: TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., págs. 384–389.

⁵⁷⁸ *Cfr.*: PLENTEDA y RIGHETTI, “I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze”, Op. Cit., págs. 401–402. Estos autores agregan lo siguiente: “*Innanzitutto, esistono sopravvenienze che rendono impossibile l'esecuzione del contratto, cioè che impediscono materialmente di poter eseguire la prestazione: in tali casi, troverà applicazione la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, che qui ci occupa. Una seconda tipologia di sopravvenienze riguarda, invece, le ipotesi in cui – pur essendo le prestazioni ancora eseguibili – il sopraggiungere di situazioni nuove rispetto al momento della conclusione del contratto va ad incidere sull'equilibrio economico dell'affare, rendendo difficoltoso o eccessivamente onerosa l'esecuzione di una prestazione rispetto all'altra. Così finendo per alterare il rapporto di sinallagmaticità originario. In tali caso, potrà trovare applicazione la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (alla quale si rimanda). La terza tipologia, infine, riguarda la particolare ipotesi della presupposizione e ricomprende tutte quelle sopravvenienze non specificatamente disciplinate e che non trovano allo stato riconoscimento nell'ambito delle norme di legge*”. *Ibidem*, págs. 402–403.

⁵⁷⁹ En este sentido, TRIMARCHI se pregunta si la resolución tiene efecto “*traslativi o costitutivi*”. *Cfr.*: TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., pág. 379. Por su parte, COSTANZA, señala al respecto, lo siguiente: “*La conciliazione fra sostitutività e retroattività viene attuale affermando che la risoluzione opera la liberazione del creditore dal momento della pronunzia, mentre oblige alla restituzione della prestazione già eventualmente eseguita con effetti ex tunc risalenti al momento della stipulazione del contratto*”. COSTANZA, “Artt. 1453–1462”, Op. Cit., pág. 844.

⁵⁸⁰ En este sentido, y conforme al artículo 1453, apartado 3º del CODICE CIVILE, el deudor ya no puede cumplir desde la fecha de la demanda de resolución; lo que, interpretado, *a contrario sensu*, significa que puede pagar hasta el momento de la interposición de la demanda. *Cfr.*: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., pág. 9.

⁵⁸¹ El artículo 1453 (“*Risolubilità del contratto per inadempimento*”), apartado 2º del CODICE CIVILE,

doctrina, sin embargo, ha suavizado el tenor literal de esta norma, postulando que siempre ha de admitirse la demanda de cumplimiento, en caso de que resurga el interés del contratante cumplidor. Asimismo, se ha planteado que es posible demandar conjuntamente la resolución y el cumplimiento forzado de la obligación, una en subsidio de la otra.⁵⁸²

(v) El artículo 1454 del *Codice civile* establece otra forma de resolución por incumplimiento: Por medio de un acto escrito (aunque también se habla de negocio), el acreedor le comunica a su deudor que debe cumplir su obligación, invitándolo a hacerlo en el plazo fijado, advirtiéndole que, si no cumple dentro del término señalado, el contrato se considerará resuelto sin más trámite.⁵⁸³ Ésta interpelación no puede ser revocada.⁵⁸⁴ En síntesis, existen dos formas de resolución en el Derecho italiano:⁵⁸⁵ (a) Por medio de sentencia judicial y (b) Por voluntad del acreedor, manifestada por escrito.⁵⁸⁶ La primera de ellas coincide en líneas generales con el derecho de resolución

dispone que: “*La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l’adempimento; ma non può più chiedersi l’adempimento quando è stata domandata la risoluzione*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1653.

⁵⁸² Cfr.: SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., págs. 355–356.

⁵⁸³ En este sentido, COSTANZA, con respecto a esta norma y, siguiendo a la jurisprudencia italiana, ha señalado que: “*Il carattere facoltativo della siffida implica che al creditore, il quale non si sia avvalso di questo strumento, rimane sempre aperto l’accesso alla risoluzione ex art. 1453 c.c. (Cass. 132/82). La dichiarazione di diffida, salvo l’obbligo della forma scritta, non deve essere redatta con formule sacramentali, bastando che il diffidante esprima chiaramente la sua volontà (Cass. 276/81)*”. COSTANZA, “Artt. 1453– 1462”, Op. Cit., pág. 835.

⁵⁸⁴ Cfr.: SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., págs. 356–358.

⁵⁸⁵ SÁNCHEZ–MEDAL URQUIZA agrega otras dos formas de resolución en el Derecho italiano, a saber: (a) la que deriva de la cláusula resolutoria expresa; (b) la resolución que tiene lugar cuando vence el término esencial (art. 1457 del CODICE CIVILE). Cfr.: SÁNCHEZ–MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 28.

⁵⁸⁶ En efecto, sobre este punto, SÁNCHEZ–MEDAL URQUIZA señala que: “En relación a la forma de resolución, además de los casos especiales de la cláusula resolutoria expresa y del plazo esencial, la ley italiana admite dos formas generales de resolución del contrato que son: 1) Por medio de sentencia judicial; y 2) Por autoridad del acreedor, que intima por escrito a la parte incumplidora para que cumpla, apercibiéndole de que transcurrido un término no menor de quince días el contrato será resuelto”. *Ibidem*, pág. 26.

consagrado en el Código Civil francés, con una diferencia: en el *Codice civile* italiano no existe el término de gracia.⁵⁸⁷ En Italia, el deudor incumplidor, una vez demandado, ya no podrá cumplir su obligación. La segunda especie de resolución es extrajudicial, propia del Derecho alemán y que desconoce el *Code* francés.⁵⁸⁸ Esta resolución procede respecto de toda clase de contratos y puede ejercerla el contratante cumplidor, frente a un incumplimiento de la obligación de la contraria. En caso de reunirse todos sus presupuestos, el contrato se resuelve de pleno derecho, pudiendo el deudor reclamar ante el juez la falta de alguno de dichos presupuestos, es decir, será en definitiva el juez el encargado de constatar que la resolución ha operado.⁵⁸⁹ No se elimina del todo la intervención del juez, sin embargo, se traduce en que, mientras en la resolución judicial, el reclamante es el acreedor diligente; en la extrajudicial, se identifica con el deudor

⁵⁸⁷ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 98. En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY señala lo siguiente: “En primer lugar, por lo que respecta a la forma de la resolución, y prescindiendo de la cláusula resolutoria expresamente convenida, la ley italiana admite dos formas de resolución: por Ss. del juez y por autoridad del acreedor, que intima por escrito a la parte incumplidora para que cumpla, con apercibimiento de que, transcurriendo un término no inferior a quince días, el contrato será resuelto. La primera forma de resolución, por Ss. judicial, responde a la tradición histórica del instituto y coincide en líneas generales con la resolución por incumplimiento en el Derecho francés, que, con arreglo al art. 1.184 del Código de Napoleón, debe demandarse en justicia. Pero hay una diferencia que separa al art. 1.184 francés del 1.453 italiano y es que en éste ha desaparecido el plazo de gracia, que, según el primero, puede otorgar el juez atendiendo a las circunstancias. Por el contrario, según el art. 1.453-3 italiano, desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación. Se ha recogido así la doctrina del Derecho comercial anterior, contenida en el art. 42 del derogado Código de comercio, según el cual no se concederán al deudor términos de gracia o cortesía, doctrina que el nuevo art. 1453-3 extiende también a los contratos civiles. [...] El otro modo de resolución por incumplimiento que regula el art. 1454-1 y 2 está constituido por el requerimiento o intimación, hecho por escrito a la parte incumplidora para que cumpla, intimación que ha de ir acompañada de la declaración apercibiendo al deudor de que, si transcurrido un término (de ordinario no inferior a quince días) sin que el cumplimiento tenga lugar, el contrato se entenderá resuelto. Es éste un medio de resolución extrajudicial, desconocido en el CC francés y que, como hemos visto, la doctrina y la jurisprudencia francesa han tenido en ciertos casos que admitir supuestos de ruptura del contrato sin intervención de juez. Sin embargo, son notables las diferencias entre la resolución de derecho, en virtud de intimación, del ordenamiento italiano y esos supuestos de ruptura del contrato admitidos en el Derecho francés, no sólo por el hecho de que en Italia está reconocida por la ley, mientras que en Francia sólo se sustentan en la doctrina jurisprudencial, sino porque en el Derecho italiano la resolución por intimación tiene un ámbito general, es aplicable a todos los contratos, y puede ser ejercida por todo acreedor ante el incumplimiento de la otra parte”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 37-39.

⁵⁸⁸ Cfr.: SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 27.

⁵⁸⁹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 27.

incumplidor.⁵⁹⁰

La doctrina italiana agrega, como se vio, otras dos formas de resolución por incumplimiento: la que opera cuando se cumple una cláusula resolutoria expresa⁵⁹¹ y la que deriva del cumplimiento del término esencial.⁵⁹²

Con relación a la resolución por el cumplimiento del término esencial,⁵⁹³ podemos indicar que esta institución, conocida en el Derecho alemán (§ 361 del *BGB*)⁵⁹⁴ y suizo (artículo 108 del Código federal suizo de las obligaciones),⁵⁹⁵ que en Italia se regula en el artículo 1457 del *Codice civile*,⁵⁹⁶ supone una importancia práctica

⁵⁹⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 39.

⁵⁹¹ Al respecto, *vid.*: TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., págs. 373 y ss.

⁵⁹² *Cfr.*: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 41. En este sentido, la doctrina ha dicho que la noción italiana de término esencial, corresponde al llamado negocio fijo o al término esencial propio del Derecho alemán, toda vez que las partes han fijado un plazo dentro del cual el deudor debe ejecutar la prestación, de lo contrario, la ley le otorga al acreedor un derecho de resolución del contrato, sin perjuicio de los efectos de la mora que afecten al deudor. *Cfr.*: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 86. *Vid.* también: TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones «mortiscausa». Donaciones. Op. Cit., pág. 214.

⁵⁹³ En general, la doctrina española, en torno al concepto de término esencial, ha planteado que es aquél que impone a las prestaciones una satisfacción de los intereses del acreedor, de tal manera que las partes, entienden que la prestación se debe realizar dentro de cierto lapso, pues, de lo contrario, el acreedor no reportaría utilidad con el negocio jurídico. *Cfr.*: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 74–75.

⁵⁹⁴ El § 361 del *BGB*, dispone que: “Si en un contrato bilateral está estipulado que la prestación de una parte debe ser realizada exactamente en un tiempo prefijado o dentro de un plazo preestablecido, en la duda ha de entenderse que la otra parte debe estar autorizada a la resolución si la prestación no se realiza en el tiempo determinado o dentro del plazo fijado”. *Cfr.*: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 43.

⁵⁹⁵ Por su parte, el artículo 108 del CÓDIGO FEDERAL SUIZO DE LAS OBLIGACIONES, dispone que: “La fijación de un plazo no es necesario: 1.º Cuando resulta de la actitud del deudor que esta medida sería sin efecto. 2.º Cuando, por consecuencia de la demora del deudor, la ejecución de la obligación ha resultado sin utilidad para el acreedor. 3.º Cuando en los términos del contrato la ejecución debe tener lugar exactamente en un término fijado o en un plazo determinado”. *Cfr.*: *Ibidem*, pág. 48.

⁵⁹⁶ El artículo 1457 del CODICE CIVILE, que se titula “*Término esencial para una de las partes*”, dispone que: “Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, ésta salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se

indudable. La doctrina mercantilista italiana ha otorgado algunos ejemplos en que la ley, establece que la prestación debe ser ejecutada dentro de un cierto plazo.⁵⁹⁷ Además, cuando se fija un plazo esencial subjetivo, éste se establece en el interés de ambos contratantes, siendo su subjetivo, expresa o implícitamente acordada en el negocio, conforme a la buena fe.⁵⁹⁸ Lo anterior tiene importancia, por cuanto la autonomía de la voluntad, sustrae del ámbito de competencia de la jurisdicción, la discusión en torno al carácter de esencialidad del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuestión que ya está resuelta en el contrato.⁵⁹⁹ El término esencial⁶⁰⁰ supone siempre que, una vez transcurrido el plazo, la prestación se considera inútil para el acreedor.⁶⁰¹ Ahora bien, el término esencial, si bien no forma parte esencial del contrato, pues, éste suscite sin aquél, puede en ciertos casos llegar a constituir un elemento de la esencia del negocio, v. gr., en los contratos a plazo de títulos de crédito, (artículo 1531 del *Codice civile*),⁶⁰²

entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución”. Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 37.

⁵⁹⁷ En este sentido, se debe señalar que la esencialidad del término sólo puede operar en los contratos sinalagmáticos o bilaterales. Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 84–85.

⁵⁹⁸ En este sentido, CARDENAL FERNÁNDEZ ha dicho que: “[...] Una prestación con término esencial se considera inútil para el acreedor inmediatamente después de transcurrido el término fijado. La esencialidad del término, o la cesación en general del interés, dando lugar a la inutilidad de la prestación tardía, produce los mismos efectos que la imposibilidad. Por consiguiente, la obligación se extingue, o, como dice la ley, el contrato se resuelve de derecho”. *Ibidem*, pág. 83.

⁵⁹⁹ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo VII, Op. Cit., págs. 1–3.

⁶⁰⁰ Con relación al término esencial, TRIMARCHI señala lo siguiente: “*Il termine per l’adempimento viene detto essenziale nelle ipotesi in cui la prestazione sarebbe inutile per il creditore se eseguita dopo la scadenza. La volontà contrattuale delle parti può attribuire carattere di essenzialità al termine; inoltre, anche in mancanza di una pattuizione in tal senso, l’essenzialità del termine può argomentarsi dalle circostanze oggettive del contratto*”. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., pág. 375.

⁶⁰¹ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo VII, Op. Cit., págs. 5. En este sentido, la doctrina italiana ha desarrollado ampliamente la idea de que el término esencial es aquel que, de incumplirse, se pierde la satisfacción del interés del acreedor. Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 79.

⁶⁰² El artículo 1531 (“*Interessi, dividendo e diritto di voto*”), del CODICE CIVILE, dispone que: “*Nella vendita a termine di titoli di crédito, gli interessi e i dividendo esigibili dopo la conclusione del contratto e prima della scadenza del termine, se riscossi dal venditore, sono accreditati al compratore. Qualora la vendita abbia per oggetto titoli azionari, il diritto di voto spetta al venditore fino al momento della*

ya que en este caso, la prestación se hace imposible, salvo que se cumpla con observancia del plazo.⁶⁰³ Frente al plazo esencial subjetivo, aparece el objetivo, también llamado esencialidad objetiva⁶⁰⁴ o inutilidad objetiva,⁶⁰⁵ que según la doctrina existe “[...] en todos aquellos casos en que la inmediata disminución de la utilidad de la prestación tardía, depende de la naturaleza de la propia prestación”.⁶⁰⁶ En este sentido, los autores italianos han señalado que, también en el caso del término esencial objetivo, el plazo depende de la voluntad de las partes, pues, la naturaleza de la prestación integra la esfera de su “*facta concludentia*”, aun cuando depende de estados de hecho diversos.⁶⁰⁷

Por último, es interesante señalar que, para TRIMARCHI, estos dos últimos casos, junto con la resolución unilateral se enmarcan dentro de la llamada “resolución de derecho” (“*risoluzione di diritto*”). La resolución de derecho tiene lugar en tres casos: (i) cuando existe una *clausula espressa*; (ii) cuando estamos frente a un *termine essenziale*⁶⁰⁸ y (iii) cuando existe una *diffida ad adempiere*, esto es, cuando notificado el deudor de la resolución, vence el plazo fijado por el acreedor, la obligación todavía no

consegna”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1765.

⁶⁰³ Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 76.

⁶⁰⁴ En este sentido, COSTANZA señala que: “*L’essenzialità richiesta dall’art. 1457 è indipendente dall’accidentalità, o meno, del termine. Essa si riferisce esclusivamente all’importanza che la modalità temporale prevista per l’esecuzione della prestazione assume nell’economia dell’affare. In particolare, per valutare l’essenzialità del termine fissato per l’adempimento di una delle parti contrattuali, occorre far riferimento non solo alla volontà delle parti (Cass. 845/83; Natoli 1947, 225), ma anche alla natura dell’affare e all’oggettivo interesse del creditore a ricevere entro un certo giorno la prestazione (Cass. 1441/70)*”. COSTANZA, “Artt. 1453– 1462”, Op. Cit., pág. 842.

⁶⁰⁵ Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 89.

⁶⁰⁶ MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo VII, Op. Cit., pág. 5.

⁶⁰⁷ Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 89.

⁶⁰⁸ Con relación al plazo esencial, TRABUCCHI señala que: “En este caso la resolución opera «de derecho», siempre que el interesado no declare dentro de los tres días siguientes que desea exigir la prestación (art. 1457)”. TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones «*mortiscausa*». Donaciones. Op. Cit., págs. 214 y ss.

es satisfecha por el deudor (resolución unilateral o por notificación).⁶⁰⁹

(vi) Los artículos 1456 y 1457 del *Codice*, como se dijo, contemplan dos formas especiales de resolución: el artículo 1456 del *Codice civile*⁶¹⁰ establece que los contratantes, pueden acordar expresamente que el contrato se resolverá cuando no se cumple una cierta obligación de la forma prevista.⁶¹¹ En este evento, el artículo 1456, apartado 2º del *Codice civile* dispone que la resolución se producirá cuando la parte interesada declara a la contraparte su deseo de valerse de la cláusula resolutoria.⁶¹² Por su parte, el artículo 1457 del *Codice civile* se refiere al incumplimiento al vencimiento de un plazo esencial, puesto en el interés de la contraparte.⁶¹³ En este caso, el incumplimiento se reputa definitivo desde que se cumple el plazo acordado. El juez debe establecer si el término establecido es o no esencial, conforme a la voluntad de las

⁶⁰⁹ Cfr.: TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., pág. 377.

⁶¹⁰ El artículo 1456 (“*Clausola risolutiva espressa*”), apartado 1º del CODICE CIVILE, dispone que: “*I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1662. Vid. también: COSTANZA, “Artt. 1453– 1462”, Op. Cit., págs. 838 y ss.

⁶¹¹ En palabras de MOSCO: “[Esta forma de resolución] constituye el más completo y eficaz de los medios de resolución contractual, ya que atribuye a una de las partes contratantes, de la manera más absoluta, la facultad de instar la resolución del contrato. [...] En comparación con el término esencial, la cláusula ofrece a la parte en cuyo favor se haya estipulado, notables ventajas: basta recordar, que mientras el término esencial permite la resolución tan sólo en caso de incumplimiento por demora, la cláusula puede producir el mismo efecto por cualquier otra inobservancia de las modalidades establecidas; por otra parte, mientras el término produce la resolución incluso sin la voluntad del acreedor, salvo la especial facultad que le atribuye el art. 1.457, la cláusula le permite escoger el procedimiento que le parezca más conveniente [...]”. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo IX, Op. Cit., pág. 1.

⁶¹² El artículo 1456 apartado 2º del CODICE CIVILE, dispone que: “*In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1662.

⁶¹³ El artículo 1457 (“*Termine essenziale per una delle parti*”), del CODICE CIVILE, dispone que: “*Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni. In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 1663.

partes o a la naturaleza y objeto de la relación jurídica. Ahora bien, el artículo 1457 del *Codice*,⁶¹⁴ autoriza al contratante interesado a exigir el cumplimiento, aun cuando haya expirado el plazo esencial.⁶¹⁵

(vii) El efecto retroactivo. El artículo 1458 del *Codice civile* fija el efecto retroactivo⁶¹⁶ que produce la resolución entre los contratantes, sin lesionar los derechos de terceros adquirentes,⁶¹⁷ aun cuando se haya estipulado otra cosa distinta.⁶¹⁸ Así lo confirma ÁLVAREZ VIGARAY.⁶¹⁹ En este sentido, SANTORO-PASSARELLI ha señalado que las condiciones producen sus consecuencias con efecto retroactivo, toda vez que, el acaecimiento del hecho futuro e incierto del que dependen, implica la

⁶¹⁴ En este sentido, TRIMARCHI señala lo siguiente: “*Il mancato adempimento entro il termine essenziale determina automaticamente la risoluzione del contratto. Anche qui, tuttavia, la legge tiene conto della possibilità che il creditore finisca per preferiré di esigere ugualmente la prestazione, anche se ormai tardiva. Ciò gli è consentito, alla condizione però che ne dia notizia all'altra parte entro tre giorni (art. 1457 cod. Civ.)*”. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., pág. 375.

⁶¹⁵ Cfr.: SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., págs. 359–362.

⁶¹⁶ Al respecto, *vid.*: GIROLAMI, G.: “Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi”, *Rivista di Diritto civile*, anno LV, n° 2 marzo–aprile, C. Massimo Bianca, Francesco D. Busnelli, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giovanni Gabrielli, Antonio Gambaro, Natalino Irti, Giorgio Oppo, Andrea Proto Pisani, Pietro Rescigno, Rodolfo Sacco, Vincenzo Scalisi, Piero Schlesinger, Paolo Spada y Vincenzo Varano, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2009, págs. 181–225.

⁶¹⁷ En este sentido, COSTANZA señala lo siguiente: “*La sentenza con la quale viene pronunciata la risoluzione del contratto ha natura costitutiva [...], ma i suoi effetti relativamente alle parti, salvo che per i contratti ad esecuzione continuata o periódica, retroagiscono al momento della conclusione del contratto*”. COSTANZA, “Artt. 1453–1462”, Op. Cit., pág. 844.

⁶¹⁸ El artículo 1458 (“*Effetti della risoluzione*”), del CODICE CIVILE, dispone que: “*La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periódica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1665.

⁶¹⁹ En este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY señala que: “La retroactividad, en cuanto que es meramente obligatoria, limita sus efectos a las partes contratantes y no tiene eficacia sobre los derechos adquiridos por terceros antes de la resolución, si bien, quedan a salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución, si el contrato tiene por objeto derechos sobre bienes inmuebles o sobre bienes muebles registrados”. ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 42.

eficacia o no del negocio desde el instante en que éste fue celebrado.⁶²⁰ El efecto retroactivo de las condiciones, particularmente a propósito de las resolutorias, significa que, una vez verificada la resolución del contrato, se debe proceder a la restitución de las prestaciones realizadas en virtud del contrato condicional, salvo que se trate de prestaciones periódicas emanadas de contratos de ejecución sucesiva. Las prestaciones realizadas hasta el instante del acaecimiento de la condición, no se repiten, a menos que se encuentre firme la obligación de la contraparte.⁶²¹ En este sentido, el artículo 1360, apartado 2º del *Codice civile*, dispone que: “*Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l’avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite*”.⁶²² Por último, en caso de no acaecer la condición, el contrato y las obligaciones que de él emanan, se consideran definitivamente eficaces.⁶²³

(viii) En el caso de la terminación de los contratos de tracto sucesivo, la doctrina italiana señala que el *Codice civile* la disciplina en las siguientes normas: (a) a la resolución por incumplimiento, sea o no imputable al deudor, en los contratos plurilaterales en general,⁶²⁴ se refieren los artículos 1459⁶²⁵ y 1466⁶²⁶ del *Codice civile*.

⁶²⁰ En este sentido, SANTORO-PASSARELLI señala que: “*La condizione, sospensiva o risolutiva, è retroattiva, come si spiegherà meglio in seguito, prechè dal fatto che l'autonomia privata abbia subordinato ad un avvenimento l'efficacia o l'inefficacia del negozio non è dato argomentare che la stessa abbia inteso far decorrere l'efficacia o inefficacia dal momento in cui l'avvenimento segua: poichè l'autonomia è in linea di principio immediatamente operativa, la limitazione nel tempo non può ammettersi, dove la retroattività sia possibile, senza una distinta modalità negoziale, esplicita o implicita*”. SANTORO-PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto civile*, Nona edizione, Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2002, pág. 197.

⁶²¹ Cfr.: BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., págs. 581 y 582.

⁶²² Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1534.

⁶²³ Cfr.: BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., pág. 582.

⁶²⁴ En este sentido, vid.: VILLA, G.: *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 1999, págs. 52 y 53.

⁶²⁵ El artículo 1459, (“*Risoluzione nel contratto plurilaterale*”) del CODICE CIVILE, dispone lo siguiente: “*Nei contratti indicati dall'articolo 1420 l'inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze,*

Así tanto el incumplimiento contractual como la imposibilidad de la prestación, no afectan al vínculo de los demás contratantes, sino que sus efectos actúan únicamente sobre el vínculo de aquella parte incumplidora o que se ve afectada por una imposibilidad de cumplimiento, salvo que la permanencia de este contratante en la relación contractual, sea esencial en el consentimiento de las otras partes, considerando su naturaleza, objeto y contenido de la prestación que esta parte debía ejecutar, conforme a lo establecido en el contrato; (b) el artículo 2286⁶²⁷ del *Codice civile* regula la resolución por incumplimiento a propósito del contrato de sociedad.⁶²⁸

(ix) En cuanto al ejercicio de la acción de resolución contractual, en Italia, se han presentado ciertos problemas en la legitimación activa de la acción resolutoria. En este sentido, puede ocurrir que estemos frente a un sujeto plural, sea originaria o derivativamente. En esta hipótesis, si todos los titulares del derecho de crédito se ponen de acuerdo para demandar conjuntamente la resolución, no existe problema alguno. Sin embargo, en caso de no existir acuerdo entre ellos, habrá que determinar si las obligaciones tienen o no el carácter de divisible. Si las prestaciones son divisibles, cada acreedor puede solicitar el cumplimiento forzado de su cuota en la deuda o la resolución

considerarsi essenziale”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1667.

⁶²⁶ Por su parte, el artículo 1466, (“*Impossibilità nel contratto plurilaterale*”) del CODICE CIVILE, reitera lo dicho por el artículo 1459 del mismo cuerpo normativo: “*Nei contratti indicati dall’articolo 1420 l’inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 1674.

⁶²⁷ Por último, el artículo 2286, (“*Esclusione*”) del CODICE CIVILE, dispone lo siguiente: “*L’esclusione di un socio può aver luogo per gravi inadempienza delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale, nonché per l’interdizione, l’inabilitazione del socio o per la sua condanna ad una pena che importa l’interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici. Il socio che ha conferito nella società la propria opera o il godimento di una cosa può altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneità a svolgere l’opera conferita o per il perimento della cosa dovuto a causa non imputabile agli amministratori. Parimenti può essere escluso il socio che si è obbligato con il conferimento a trasferire la proprietà di una cosa, se questa è perita prima che la proprietà sia acquistata alla società*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 2614.

⁶²⁸ Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 337.

de la misma, según lo estime conveniente. Pero, cuando se trata de obligaciones indivisibles, sea desde el punto de vista activo o pasivo, no es posible que algunos de los acreedores soliciten la ejecución forzada de la deuda y otros la resolución del contrato. La doctrina, en este caso, aplica por analogía lo dispuesto en el artículo 1320 del *Codice civile*, que dispone: “Si uno de los acreedores ha condonado la deuda o consentido en recibir otra prestación en lugar de la debida, el deudor no queda por ello liberado para con los restantes acreedores. Éstos, sin embargo, no pueden pedir la prestación indivisible sino quedando deudores o bien reembolsando el valor de la parte del que ha hecho la remisión o ha recibido la prestación diferente”.⁶²⁹ De lo anterior, se colige que se deben distinguir tres hipótesis: (a) en el caso de que la prestación indivisible, sea la que debe el sujeto pasivo, uno de los acreedores puede pedir el cumplimiento, para que en caso de ser posible, obtenga aquella parte del crédito resuelto a instancia de cualquiera de otros acreedores; (b) cuando la prestación indivisible ha sido cumplida, un solo acreedor puede demandar la resolución, siempre que le pague indemnización de perjuicios al deudor que ha resarcido a otro de los acreedores que optó por el cumplimiento; y (c) si la indivisibilidad afecta a la prestación del sujeto pasivo, y uno de los acreedores pide el cumplimiento forzado de la obligación y no la indemnización por daños y perjuicios, el otro acreedor solamente podrá reclamar la resolución, con la condición de restituir la prestación parcial ejecutada por el deudor, en caso de ser posible.⁶³⁰ Por su parte, y en cuanto a la legitimación pasiva de la acción resolutoria, en caso que el deudor esté conformado por un sujeto plural, habrá que distinguir entre las prestaciones divisibles (la resolución se podrá solicitar por la cuota o parte en la deuda); y en las indivisibles se aplican las reglas precedentes enunciadas a

⁶²⁹ El artículo 1320, (“*Estinzione parziale*”) del CODICE CIVILE, dispone lo siguiente: “*Se uno dei creditori ha fatto remissione del debito o ha consentito a ricevere un'altra prestazione in luogo di quella dovuta, il debitore non è line indivisibile se non addebitandosi ovvero rimborsando il valore della parte di colui che ha fatto la remissione o che ha ricevuto la prestazione diversa. La medesima disposizione si aplica in caso di transazione, novazione, compensazione e confusione*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1411.

⁶³⁰ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo X, Op. Cit., págs. 3–4.

propósito de la legitimación activa.⁶³¹

(x) Con relación a los efectos que produce la resolución del contrato, es necesario distinguir entre: (a) Efectos entre los contratantes. En este caso, la resolución elimina totalmente la justificación de las prestaciones contractuales, y, por ello, las partes se deben proceder a restituir mutuamente aquello que hubieren recibido en virtud del contrato. Una vez producida la resolución, ésta opera, según la ley, con efecto retroactivo. Con todo, existen algunas dudas acerca de este efecto, pues, las consecuencias que se derivan para el contratante incumplidor (indemnización de daños y perjuicios), en caso de que éste haya incurrido en culpa o dolo, se apoyan, precisamente, en la existencia del vínculo contractual. Se dice que los efectos de la resolución, se retrotraen al momento en que el contrato comienza a producir sus efectos, y no al instante en que éste fue celebrado, como usualmente se cree. En definitiva, verificada la facultad resolutoria tácita, se presume que ésta opera con efecto retroactivo, salvo que la intención de las partes dictamine otra cosa distinta.⁶³² (b) Efectos con respecto a terceros. En el caso de que sea declarada la resolución del contrato, los efectos de ésta no alcanzan a los derechos legítimamente adquiridos por terceros, es decir, la resolución les es inoponible. Lo importante es que el tercero haya adquirido el derecho sobre la cosa objeto de la relación jurídica resuelta, antes de que el juez haya declarado la resolución del primer contrato, o bien, antes de que se haya entablado la pretensión resolutoria, (artículos 1458, apartado 2º y 111, apartado 4º del *Codice civile*).⁶³³ La ley protege los derechos de los terceros, sin indagar si tenían o no

⁶³¹ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo X, Op. Cit., pág. 5.

⁶³² Cfr.: GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Op. Cit., pág. 387.

⁶³³ El artículo 1458, (*“Effetti della risoluzione”*), apartado 2º del CODICE CIVILE, dispone que: *“La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione”*. Por su parte, el artículo 111 (*“Celebrazione per procura”*), apartado 4º del CODICE CIVILE, dispone que: *“La procura deve essere fatta per atto pubblico, i militari e le persone al seguito delle forze armate, in tempo di guerra, possono farla nelle forme speciali ad essi consentite. Il matrimonio non può essere celebrato quando sono trascorsi centottanta giorni da*

conocimiento de la existencia de la condición resolutoria, que limitaba a la relación jurídica precedente.⁶³⁴ Con relación a esta última solución, el legislador procede con un criterio, al parecer, puramente pragmático, ya que intenta evitar que se lesionen los derechos de terceros, a través de la reivindicación que el anterior dueño pudiere pretender, una vez cumplida la condición resolutoria. En este caso, se debe indicar que algunas legislaciones –sobre este punto– hacen alusión a la buena fe, es decir, si el tercero adquirente conocía la existencia de la condición resolutoria, entonces se encuentra de mala fe, y, por tanto, debe repetir el bien recibido. Pienso que la solución anterior se condice con esta solución, porque la buena fe se presume, toda vez que equivale a la situación normal, corriente u ordinaria. Además, los terceros están a cubierto de los efectos de la resolución, cuando se trata de derechos sobre bienes inmuebles u otros derechos inscribibles en un registro público, pues en este caso, le es inoponible por expreso mandato del artículo 2652, n° 1 del *Codice civile* italiano.⁶³⁵

En síntesis, en relación a los efectos de la resolución con respecto a terceros, en Italia, se ha dicho que por regla general, la resolución no afecta los derechos de terceros, salvo ciertas excepciones.⁶³⁶ En relación al artículo 1458 del *Codice civile*, éste plantea

quello in cui la procura è stata rilasciata”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., págs. 1665 y 139, respectivamente.

⁶³⁴ Cfr.: TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., págs. 375–376.

⁶³⁵ El artículo 2652 (“*Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione. Effetti delle relative trascrizioni rispetto ai terzi*”), n° 1° del CODICE CIVILE, dispone que: “*Si devono trascrivere, qualora si riferiscano ai diritti menzionati nell’articolo 2643, le domande giudiziali indicate dai numeri seguenti, agli effetti per ciascuna di esse previsti: 1) le domande di risoluzione dei contratti e quelle indicate dal secondo comma dell’articolo 648 e dall’ultimo comma dell’articolo 793, le domande di rescissione, le domande di revocazione delle donazioni, nonché quelle indicate dall’articolo 524. Le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda [...]*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 3011.

⁶³⁶ En este sentido, MOSCO, señala que: “La demanda judicial de resolución, se dirige como es natural contra el deudor que no cumple. Esto es suficiente para que el acreedor consiga la restitución de la prestación cuando no haya pasado a manos de terceros a quienes no afecte la resolución. no obstante, hay casos en los cuales la resolución puede perjudicar también a terceros en cuanto éstos vienen obligados a

que se debe hacer una distinción para determinar con precisión los efectos de la resolución declarada: (i) Tratándose de los contratos de ejecución inmediata, la resolución destruye el derecho real que tiene el adquirente y, por tanto, éste debe restituir la especie que recibió en virtud del contrato resuelto; (ii) En el caso de las obligaciones de ejecución continua o periódica, hay que hacer un nuevo distingo: (a) Cuando las obligaciones nacidas de estos contratos, la resolución opera con efecto liberatorio. (b) Las obligaciones ya cumplidas, dan derecho a solicitar la repetición de lo que se hubiere dado o pagado en razón de ellas. Así, si la obligación tenía por objeto una especie o cuerpo cierto, ésta se deberá restituir; mas, si se trataba de una especie genérica, se cumplirá esta obligación de restitución, entregando otras tantas del mismo género y calidad. En caso de que el deudor hubiere enajenado la cosa a un tercero, la resolución opera con efecto automático, es decir, el dueño original recupera inmediatamente la propiedad de la especie de que se trate.⁶³⁷

restituir al acreedor la prestación que han adquirido del deudor y del cual traen causa, lo cual acaece cuando en un crédito el derecho adquirido se transmite por parte del deudor incumplidor a terceros, y además, cuando se trate de un derecho real, siempre que los terceros no hayan cumplido, antes de ser interpuesta la demanda de resolución, las formalidades necesarias para oponer su derecho adquirido frente a todos, esto es, no hayan efectuado la inscripción o transcripción en el registro de tales bienes, ésta para los muebles y aquella para los inmuebles (arts. 1.458 párr. 2.º y 2.652, párr. 1.º). En estos casos, para decidir si sólo basta al acreedor para recuperar sus derechos (es decir la prestación realizada que ha pasado a la titularidad de un tercero) proponen la demanda contra el deudor, hay que distinguir si se trata de un derecho real no inscrito o bien se un derecho crediticio. En el primer caso, basta incoar juicio contra el deudor sin perjuicio de ejercitar posteriormente acción reivindicatoria contra el tercero que se encuentra en situación de poseedor sin título. En cambio, en el segundo, habrá que subdistinguir según que la cesión de crédito hecha por el deudor al tercero haya sido notificada a aquél (actor en la resolución) o aceptada por él (artículo 1.246), o bien no haya existido tal aceptación ni notificación. En la primera hipótesis, deberá dirigirse la demanda contra el deudor que no cumple, y contra el tercer poseedor, de acuerdo con el principio del «litis consorcio pasivo» (art. 103 C.P.C.) ”. Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo X, Op. Cit., págs. 17–18. La primera de estas normas, (artículo 1458, párrafo 2º del CODICE CIVILE, dispone que: “La resolución, aunque se hubiese pactado expresamente, no perjudica a los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución”. Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 37. Vid. el art. 2652, (“Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione. Effetti delle relative trascrizioni rispetto ai terzi”) del CODICE CIVILE. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., págs. 3011–3012.

⁶³⁷ Cfr.: CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Op. Cit., págs. 209–212.

4.4.- JUICIO CRÍTICO AL SISTEMA ITALIANO, A PROPÓSITO DEL DERECHO DE OPCIÓN.

De lo dicho precedentemente, algunos aspectos merecen ser destacados del sistema italiano de resolución, con el fin de que éstos puedan servir de modelo, en una eventual legislación civil europea.

En primer lugar, destaca el hecho de que la doctrina italiana, siguiendo a la tendencia general de la doctrina europea, con el fin de determinar cuando existe incumplimiento de una obligación recíproca, recurre a un criterio puramente objetivo, es decir, se atiende únicamente al efectivo incumplimiento, con prescindencia de la actitud de los contratantes. La antigua doctrina italiana exigía culpa o dolo de parte del contratante incumplidor, como requisito de la acción resolutoria.⁶³⁸ Ésta es la opinión de MESSINEO.⁶³⁹ Con todo, si bien la doctrina moderna tiende a pronunciarse por un sistema objetivo, en el cual no se tome en cuenta la conducta particular del contratante incumplidor (dolo o culpa de parte de éste), considero que dicho comportamiento sí debe ser tenido en consideración por el juez. Como se tratará de demostrar en el Capítulo Tercero, la resolución del contrato por incumplimiento, presenta un fuerte carácter ético, que debe ser evaluado por el juez. Sobre este punto, creo que debe existir una notable diferencia entre la conducta maliciosa o culpable, por una parte, y el comportamiento inimputable, por otra parte. El Derecho civil debe calificar de distinta forma esas conductas, y así lo reflejan muchas de sus instituciones, *v. gr.*, en la determinación de la indemnización de daños y perjuicios.

⁶³⁸ Cfr.: NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A.: *Derecho de obligaciones y contratos*. Segunda Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2013, págs. 155 y ss.

⁶³⁹ MESSINEO, F.: *Doctrina General del Contrato*. T. II, Traducc. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, notas de Derecho argentino por Vittorio Neppi, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pág. 343.

En segundo lugar, el sistema italiano recepciona los modernos postulados de la doctrina comparada, en lo que atinge al establecimiento de la resolución extrajudicial, cuestión que, en Francia, aun se discute.

Es interesante, asimismo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana, utilicen abiertamente ciertos principios que, formando parte del ordenamiento jurídico, tienen una relevancia incluso superior, según mi opinión, a las normas del derecho escrito. Es decir, la tradición exégeta de algunos sistemas jurídicos se ve fuertemente atenuada en el ordenamiento italiano.

5.– EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.

5.1.– CUESTIONES PRELIMINARES.

En el sistema anglosajón, la evolución del derecho a opción ha sido similar al Derecho continental.⁶⁴⁰ Se distingue entre *condition precedent*, *concurrent condition* e *independent promises*. Ahora bien, cuando se estipula, sea explícita o implícitamente, que el cumplimiento de la obligación de una de las partes sea anterior al cumplimiento de la contraparte, se dice que el cumplimiento de la obligación del primer contratante, es una *condition precedent* de la obligación del segundo y, por ello, la prestación del segundo contratante constituye una *condition subsequent* del cumplimiento del primero. Por último, cuando los contratantes deben cumplir simultáneamente sus obligaciones, se habla que el cumplimiento de cada contratante es *concurrent condition* del cumplimiento de la contraparte.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Para obtener una visión general del sistema del *common law*, vid.: D'AMICO, P.: *Common law*, G. Giappichelli Editore–Torino, Torino, 2005, págs. 13 y ss.

⁶⁴¹ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 34. En este mismo sentido, SÁNCHEZ–MEDAL URQUIZA señala que: “Estas cuatro formas de resolución tienen efectos retroactivos solamente entre las partes, salvo pacto en contrario. Sin embargo, en los contratos de

Al igual que en el Derecho europeo continental, la ambigüedad de la doctrina, en cuanto a la terminología que tipifica a esta institución, también se presenta en el sistema anglosajón. Así, se ha dicho que la extinción de la relación obligatoria se denomina “*rescission*”, cuando ésta tiene su fundamento en el incumplimiento del deudor. Pero también se emplea la expresión “*discharge by breach*” (dispensa por incumplimiento) para hacer alusión a nuestra “facultad resolutoria tácita”.⁶⁴² El motivo del cambio de nomenclatura, obedece a lo siguiente: se pretende no confundirla con la “*rescission*” por “*misrepresentation*” y otros vicios del consentimiento, toda vez que en este supuesto, la *rescission* significa la inexistencia del negocio jurídico y, el incumplimiento, en cambio, supone la existencia de una relación jurídica. Además, se debe indicar que en el caso de la “*rescission*” por “*misrepresentation*”, la parte afectada no está legitimada para reclamar una indemnización por daños y perjuicios (“*claim damages*”), la que constituye el principal “*remedy*” en caso de incumplimiento contractual.⁶⁴³

Cabe indicar, a modo de introducción, que, en el sistema anglosajón, la noción de remedios (*remedies*),⁶⁴⁴ se conceptualiza como el conjunto de medios mediante los

ejecución continuada o periódica quedan a salvo las prestaciones ya realizadas por lo que se considera que se reduce propiamente a una disolución del contrato más que a una resolución”. SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 29.

⁶⁴² En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO señala que: “Los juristas ingleses emplean desde hace décadas diversos términos para referirse al remedio resolutorio (*rescission*, *discharge by breach*, *termination for breach*, *avoidance*), y el que tradicionalmente ha tenido un empleo más consolidado, *rescission*, resulta polisémico”. Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 131.

⁶⁴³ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 47–48.

⁶⁴⁴ Con relación a la noción de “*remedies*” en el Derecho anglosajón, TILBURY, señala lo siguiente: “Because «*remedy*» is peculiarly susceptible of a variety of meanings in law, it is necessary to state at the outset how I propose to use it. For the purposes of this chapter, «*remedy*» is the legal response to events that constitute a wrong or to events that, while not constituting a wrong, still give rise to legal liability. If we adopted Birksian terminology, we would put this shortly as: a remedy is the legal response to a wrong or a not-wrong. This understanding of remedy cuts across the Austinian division of rights into primary and secondary”. TILBURY, M.: “Remedies and the classification of obligations”, *The law of obligations*, editado por Andrew Robertson, Ed. UCL Press, London, 2004, págs. 14–15. Cfr.: WHITTAKER, S.: “The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures”, *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Bárbara Pozzo y Valentina Jacometti (Edits.), Kluwer Law Internacional, Alphen aan den Rijn, 2006, pág. 49.

cuales se realiza un derecho personal, o bien, se intenta evitar, compensar o reparar su infracción. Es decir, el derecho de remedios busca cualquiera de las dos siguientes alternativas: (a) ejecutar un crédito; (b) evitar la lesión de un derecho o interés y, cuando ésta se produjo, indemnizar al contratante inocente por dicha violación. Así, los remedios contractuales, se llevan a cabo mediante la concesión de acciones o facultades, concedidos por el legislador o la convención, cuyo ejercicio depende del contratante que debe soportar la infracción o gravamen.

5.2.– CLASES DE REMEDIOS EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

En el Derecho anglosajón se distinguen dos clases de *remedies*: (i) Los *equity remedies* o *relief* y (ii) Los *legal remedies*.⁶⁴⁵ En el primer caso, se trata de la justicia aplicada, conforme a las circunstancias particulares del caso concreto; en cambio, en el segundo caso, el tribunal no sólo recurre a la equidad con el fin de interpretar las cláusulas contractuales. Con todo, desde el ángulo procesal, esta distinción carece de relevancia, pues, existe una sola clase de acción: la *civil action*.⁶⁴⁶

En estos casos, se habla de *dependent obligations*, en el sentido que el cumplimiento de una o ambas partes, depende de un hecho futuro e incierto (*contingency*), que consiste en el cumplimiento precedente o simultáneo de la contraria.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ SAMUEL, G. y RINKES, J.: *Law of obligations and legal remedies*, Cavendish Publishing Limited, London, 1996, págs. 109 y ss.

⁶⁴⁶ Cfr.: PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pág. 340.

⁶⁴⁷ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 35.

La doctrina inglesa, en general, ha señalado –siguiendo a John AUSTIN– que el remedio (derecho secundario, por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios), no es sino la respuesta a un derecho anterior o primario (incumplimiento de la obligación). Así, *v. gr.*, la pretensión indemnizatoria del actor (derecho secundario), surge del incumplimiento de la obligación (derecho primario). Dentro de los actuales remedios que ofrece el Derecho, se pueden citar: los recursos monetarios de la indemnización de daños y perjuicios, la liquidación de beneficios, los daños de restitución y la compensación equitativa.⁶⁴⁸

Por otra parte, la doctrina agrega que en el sistema anglosajón, las obligaciones pueden ser independientes, de tal forma que cada contratante puede obligar al otro a cumplir con su deber, aun cuando él no haya cumplido. Esta nomenclatura tiene su origen en el Derecho procesal inglés del s. XIX, particularmente con la *actio de covenant*, por medio de la cual el actor únicamente podía demandar el cumplimiento de la promesa formal (*under seal*), por parte del demandado. El juez debía establecer previamente, si la promesa del actor era o no dependiente de la promesa del demandado.⁶⁴⁹

En el s. XVI se presumía la independencia de las promesas, salvo cuando los contratantes hubieran estipulado que el cumplimiento de una de ellas dependía del cumplimiento de la contraparte. Igual solución se aplicaba a la ejecución de los contratos no formales (*not under seal*), mediante el ejercicio de la acción de *assumpsit*, (durante el s. XVII). Posteriormente, en el s. XVIII, se llegó a la conclusión que la anterior solución, podía contrariar al principio de justicia, porque si las promesas eran consideradas independientes, el demandado estaba obligado a cumplir su deber aun cuando la contraparte no cumpliera o no pudiese cumplir con su obligación; si, por el

⁶⁴⁸ Cfr.: TILBURY, M.: “Remedies and the classification of obligations”, Op. Cit., pág. 15.

⁶⁴⁹ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 35–36.

contrario, las promesas eran consideradas dependientes, el demandante debía cumplir con su deber, para exigir que el demandado a su vez cumpliera la suya, lo que significaba un riesgo para aquél. Por ello, la jurisprudencia consideró que ambas prestaciones debían cumplirse mutua y simultáneamente, acogiendo la solución postulada por LORD MANSFIELD, quien hablaba de *concurrent covenants* o *mutual conditions*, estableciendo que para que prospere la acción, basta con que el actor acredite que está dispuesto a cumplir su obligación (*ready and willing to perform*). A partir de este momento, se estableció que el incumplimiento de la obligación de una de las partes, exoneraba del cumplimiento a la contraria.⁶⁵⁰

Más adelante, se estableció que si las promesas eran independientes, el cumplimiento de una de las promesas, no liberaba al otro contratante de cumplir con la suya; mas, si eran dependientes, entonces el actor debía probar el cumplimiento, careciendo de sentido la dispensa (*discharge*).⁶⁵¹

De lo anterior, se puede concluir que existen las siguientes hipótesis: (i) En el caso que el cumplimiento de una de las partes sea una *condition precedent* del cumplimiento de la otra parte, esta última puede rechazar el cumplimiento de su deber. Cuando se reúnan los presupuestos necesarios para resolver la relación jurídica, podrá solicitar la resolución cuando no hubiere cumplido con su obligación; en cambio, cuando el contratante debe cumplir previamente con su deber, sólo podrá pedir la resolución cuando haya cumplido. (ii) Cuando el cumplimiento de las obligaciones constituye una *concurrent condition* del cumplimiento de la contraria, mientras uno de los contratantes no cumpla con su deber, el otro contratante puede negarse a su vez a cumplir o bien pedir la resolución de la obligación, cuando la contraria no esté llana a cumplir (*ready and willing to perform*). (iii) Por último, en caso de que las promesas

⁶⁵⁰ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 36–37.

⁶⁵¹ Cfr.: *Ibidem*, págs. 37–38.

sean independientes, cuando una de las partes incumple con su obligación, la otra parte no está autorizada para solicitar la resolución como *discharge*.⁶⁵² Ahora bien, determinar cuando estamos frente a una de estas tres hipótesis, constituye una cuestión de interpretación, para lo cual, el juez debe tener presente una presunción: las obligaciones se presumen dependientes y *concurrent conditions*.⁶⁵³

5.3.- FUNDAMENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.

Con relación al fundamento del derecho de opción en el Derecho anglosajón, se ha postulado una teoría similar a la teoría de la condición resolutoria tácita, denominada teoría de la *failure of condition*. Para esta doctrina, una de las partes está dispensada (*discharged*) del cumplimiento, mientras la contraparte a su vez no ha cumplido su promesa, de tal manera que el negocio no le obliga a cumplir su deber, sino cuando se verifique una condición: que la otra parte haya cumplido con la suya. Esta teoría distingue entre las *dependent* y las *independent promises*, las primeras equivalen a las *conditions precedent* o *concurrent conditions*.

En caso que el cumplimiento de la obligación constituya una *condition precedent* del cumplimiento de la contraria, ésta no se encuentra obligada a cumplir mientras la otra parte no haya cumplido con su obligación y, en caso de que una de las partes no esté llano a cumplir o bien, se incapacite para hacerlo, la contraria puede solicitar la resolución de la obligación. En caso de que las obligaciones sean independientes, no se faculta al contratante cumplidor para pedir la resolución de la obligación. En definitiva, para esta doctrina, uno de los contratantes está autorizado a

⁶⁵² Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 38.

⁶⁵³ Cfr.: *Ídem*.

resolver la obligación, cuando su cumplimiento está condicionado al cumplimiento del otro contratante, sea por voluntad explícita o implícita de las partes.⁶⁵⁴

En el Derecho inglés, esta condición, a diferencia del Derecho continental, es suspensiva, por cuanto, si estamos frente a prestaciones *concurrent conditions*, cada uno de los contratantes no está obligado a cumplir con su deber, mientras el otro contratante no haya cumplido a su vez con el suyo.⁶⁵⁵

La doctrina del *failure of condition*, se apoya en la noción de *consideration*.⁶⁵⁶ En este sentido, la doctrina ha señalado que, en el sistema anglosajón, existen dos grandes cuerpos normativos: por una parte, el Derecho escrito (*statutory law*)⁶⁵⁷ y el Derecho no escrito (*common law*).⁶⁵⁸ En el Derecho anglosajón (principalmente en Reino Unido y USA), la noción de contrato presenta una reducida zona de analogía con la noción de contrato en el Derecho continental, pues, en ambos, el contrato es fuente

⁶⁵⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 56–57.

⁶⁵⁵ Cfr.: *Ibidem*, pág. 58.

⁶⁵⁶ En este sentido, DELL'AQUILA señala que: “[...] es preciso, según el Derecho inglés, que cada parte realice o se obligue a realizar una prestación o, cuando menos, renuncie a algún derecho de naturaleza patrimonial «en consideración» a que, a cambio, el otro contratante ejecute, o se comprometa a ejecutar, una contraprestación, o renuncie, al menos, a un derecho del que es titular”. DELL'AQUILA, E.: *El contrato en Derecho inglés (Aspectos de Derecho comparado)*, T. I, Elementos del contrato y vicios de la voluntad, Prólogo del Prof. Dr. Juan Ramón Medina Cepero, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 2001, pág. 72.

⁶⁵⁷ Al respecto, *vid.*: WATSON, A.: *The evolution of western private law*, Expanded edition, The Hohns Hopkins University Press, Maryland, 2001, págs. 1 y ss.

⁶⁵⁸ En este sentido, la expresión “*common law*” significa “[...] derecho consuetudinario, derecho común inglés. *English lawyers use the term «civil law» to refer to legal systems base don roman law, and «common law» for the english system*; los tratadistas suelen distinguir entre sistemas jurídicos de *common law* y sistemas de derecho continental, sin traducir el término inglés; el derecho consuetudinario – *common law*– y la equidad –*equity*– son las fuentes más idiosincráticas del derecho inglés y angloamericano; el término *common law* se entiende, al menos, en dos sentidos: (a) las resoluciones judiciales contenidas en las sentencias recogidas en los repertorios de jurisprudencia –*law reports*–; en este sentido equivale a *case law* –derecho jurisprudencial, precedentes, jurisprudencia–, que es el derecho elaborado por los jueces –*judge made law*–; (b) las fuentes históricas del derecho inglés [...]”. ALCARAZ VARÓ, E. y HUGHES, B.: *Diccionario de términos jurídicos*, Prólogo de Ramón Martín Mateo, 10.^a edición actualizada, Ed. Ariel, Barcelona, 2007, pág. 146.

creadora de derechos y obligaciones.⁶⁵⁹

A diferencia del *Code*, en que se clasifican a los contratos en sinalagmáticos o bilaterales y contratos unilaterales, conforme a si se obligan ambas partes o sólo una de ellas,⁶⁶⁰ en el Derecho anglosajón la expresión *contract* únicamente hace alusión a aquellos negocios que, en el *civil law* se identifican con los contratos sinalagmáticos o recíprocos, resultando ser la *consideration*⁶⁶¹ (el intercambio de bienes y servicios),⁶⁶² un elemento esencial del mismo,⁶⁶³ de tal manera que, el negocio que no tiene

⁶⁵⁹ Cfr.: GALGANO, F. y MONARETI, P. G.: *Causalidad y abstracción del contrato: la contraposición entre los modelos francés y alemán*, *Atlas de Derecho Privado*, Traducc. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, págs. 175–176; RIVERA RESTREPO, *La causa en el Derecho chileno*, Op. Cit., págs. 135 y ss.

⁶⁶⁰ En este sentido, expresa CLEMENTE MEORO lo siguiente: “[En el sistema anglosajón] no se considera que sean unilaterales estos contratos en que sólo existen obligaciones para una de las partes porque la otra ya ha llevado a cabo todos los actos necesarios para dar lugar a la obligación de aquélla; esto es, no se tienen por unilaterales los contratos reales. El *common law* considera contrato unilateral la promesa pública de recompensa, sobre la base de que en él una parte hace una promesa que sólo resulta exigible cuando la otra lleva a cabo lo estipulado, aunque sin estar obligado a hacerlo. Un contrato unilateral es, por tanto, el que no da lugar al inmediato nacimiento de ninguna obligación para ninguna de las partes, salvo la de abstenerse de incapacitarse para cumplir su obligación en el futuro. Sin embargo, el contrato de préstamo con interés se tiene por bilateral, en la medida en que desde su nacimiento existe obligación, aunque sea sólo para una de las partes. Desde esta perspectiva, nada impide que el prestamista pueda resolver el contrato de préstamo por incumplimiento del prestatario”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 101.

⁶⁶¹ En este sentido, la doctrina ha dicho que, la *consideration* es “[...] el precio que el promisorio paga por la obligación asumida por el promitente (precio en el sentido de contraprestación) y en los códigos latinos de corrientes causalistas, se identifica la causa de los contratos onerosos, con la contraprestación a cambio de la promesa”. RIVERA RESTREPO, *La causa en el Derecho chileno*, Op. Cit., pág. 139. Por su parte, YOUNG señala que: “*Consideration is some detriment to the promise (in that the promise parts with something of value) OR some benefit to the promisor (in that the promisor receives value)*”. YOUNG, M.: *Understanding contract law*, Routledge–Cavendish, London, 2010, pág. 42. Al respecto, *vid.* también: COOKE, J. y OUGHTON, D.: *Common law of obligations*, Second Edition, Butterworth & Co. Publishers, London, 1993, págs. 34 y ss.

⁶⁶² Con relación a esta cuestión, CLARKE señala que: “*Consideration must be of economic value. What this principle basically means is that there must be some physical value, rather than just an emotional or sentimental value*”. CLARKE, P.: *Contract law*, Straightforward Publishing, Brighton, 2010, pág. 43. *Vid.* También: ATIYAH, P. S.: *The law of contract*, Fourth Edition, Clarendon Press, Oxford, 1989, págs. 128 y ss.

⁶⁶³ Sobre este punto, YOUNG postula lo siguiente: “*Bainbridge, at the request of Firmstone, allowed Firmstone to weigh two of his boilers. Firmstone promised that he would, within a reasonable time after he had weighed the boilers, return the boilers in a perfect and complete condition. Firmstone took the boilers to pieces, weighed them and then refused to put them back together again. Bainbridge sued*

consideration,⁶⁶⁴ no es un *contract*.⁶⁶⁵ Dentro de estos últimos se encuentra el *deed* o *act under seal*, que equivale a un acto formal (requiere escritura, firma del disponente, la presencia de un testigo de actuación, la aposición del sello del disponente, que en la actualidad se ha sustituido por la expresión “*as a deed*” y la entrega del escrito al beneficiario), que es obligatorio, aun careciendo de *consideration*.⁶⁶⁶ En este sentido, de acuerdo con BLACKSTONE, para que un contrato sea obligatorio, no sólo es necesario el acuerdo de voluntades (*agreement*), sino que además, éste debe perfeccionarse sustentado por una *consideration* suficiente (*upon sufficient consideration*).⁶⁶⁷ Únicamente cuando el negocio presenta *consideration* es eficaz.⁶⁶⁸

Firmstone for breach of his promise to return the boilers in a perfect and complete condition; Firmstone pleaded lack of consideration. Paterson J. The consideration is, that [Bainbridge], at [Firmstone's] request consented to allow to weigh the boilers. I suppose thought he had some benefit; at any rate, there is a detriment to from his parting with the possession for even so short a time". YOUNG, M.: *Understanding contract law*, Routledge–Cavendish, London, 2010, pág. 42.

⁶⁶⁴ En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ señala que: “En el derecho anglosajón, mediante la doctrina de la *consideration*, se pretende que los jueces sólo amparen pretensiones dignas de tutela jurídica, esto es, de cierta seriedad y, en principio, de acreditada justificación: por esto, sólo será exigible ante ellos el cumplimiento de la promesa formalmente expresada (por ejemplo, *under seal*), o si no lo es, el de la promesa a cambio de la cual se demuestre que se hizo otra promesa (*executory consideration*), o a cambio de la que se hizo una prestación (*executory consideration*), o en recompensa de pasados favores del promisorio hechos a instancia del promitente (*past consideration*). No se ampara una promesa hecha a cambio de una actividad ilícita [...]”. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1998, págs. 270–271.

⁶⁶⁵ En este sentido, según DELL’AQUILA: “Dentro del «*simple contract*» cabe distinguir la modalidad contractual llamada «*bilateral contract*» de la que se denomina «*unilateral contract*». No se trata de dos tipos contractuales, pues, si así fuera, esto contradiría lo que dijimos acerca de la general atipicidad contractual en Derecho inglés y la correspondiente básica falta de contratos con regulación propia. Como vamos a ver a continuación, en realidad son solamente dos maneras diferentes de formación del acuerdo (o «*agreement*») entre las partes, de modo que esta distinción no atañe al tipo de operación económica que se quiere realizar”. DELL’AQUILA, E.: *El contrato en Derecho inglés (Aspectos de Derecho comparado)*, T. I, Op. Cit., pág. 36.

⁶⁶⁶ Cfr.: GALGANO y MONARETI, *Causalidad y abstracción del contrato: la contraposición entre los modelos francés y alemán*, Atlas de Derecho Privado, Op. Cit., pág. 129.

⁶⁶⁷ Sobre este punto, vid.: ALPA, G. y BESSONE, M. (Editores): *Causa y consideration*, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padiva, 1984, págs. 3 y ss.

⁶⁶⁸ Cfr.: GALGANO y MONARETI, *Causalidad y abstracción del contrato: la contraposición entre los modelos francés y alemán*, Atlas de Derecho Privado, Op. Cit., pág. 181; GOROSTIAGA, N.: *La causa en las obligaciones*, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1944, pág. 617.

En el Derecho anglosajón (principalmente en la Gran Bretaña y USA), la *consideration*⁶⁶⁹ equivale a una conducta, (la ejecución de un hecho o la entrega de una cosa) o una contrapromesa. La *consideration* supone la existencia de una reciprocidad o interrelación de las prestaciones.⁶⁷⁰ En USA, a diferencia del Derecho inglés, el beneficiario de la prestación puede ser un tercero, pero el promisorio no debe ser el que recibe el perjuicio o realiza la actuación.⁶⁷¹ Aun cuando, en honor a la verdad, se debe indicar que los juristas norteamericanos se muestran reacios en torno a este elemento.⁶⁷² Con todo, se debe indicar que muchas veces, el móvil de los autores estadounidenses,⁶⁷³ está orientado por su hostilidad a elucubraciones abstractas y su fascinación por

⁶⁶⁹ En el Reino Unido, COLLINS expresa, con relación al concepto de *consideration*, lo siguiente: “*Due to its remarkable degree of abstraction, the doctrine of consideration does not tie legal enforceability to particular kinds of transactions or subject matter. In principle, it seems possible to satisfy the doctrine with any kinds of promises and acts, such as promises to keep quiet, to stop pestering someone, or to give some token which has negligible market value. The doctrine of consideration serves as a general test of legal enforceability because any human action or forbearance, from complex commercial deals to trivial consumer purchases, potentially satisfies the test. This degree of abstraction turns out to be the weakness of the doctrine, for it cannot cope with the subtleties of context which the distinction between the public and private spheres of conduct must examine*”. COLLINS, H.: *The law of contract*, fourth edition, LexisNexis UK, London, 2003, pág. 59.

⁶⁷⁰ A propósito de la *consideration* en el Derecho quebequense, TANCELIN señala que: “*La Loi de protection de 1971 7art. 1, par. s) confirmait l'emprise de la common law sur le droit québécois en employant le terme considération comme synonyme de prix, c'est-à-dire dans le sens de contrepartie en valeur. il est remarquable que la loi de 1978 ne définit plus le terme considération, qui se trouve implicitement défini par renvoi au droit commun*”. TANCELIN, M.: *Des obligations. Contrat et responsabilité*, 4^a édition, 2^e tirage, Éditions Wilson & Lafleur Itée, Montréal, 1988, pág. 105.

⁶⁷¹ Cfr.: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Op. Cit., 1998, págs. 279 y 280.

⁶⁷² En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ señala que: “No obstante, la *consideration*, como técnica jurídica, padece en EEUU una indudable crisis: a pesar de la creciente pérdida de relevancia del formalismo, a pesar de que lo jueces norteamericanos la invocan frecuentemente, los juristas teóricos, algo fatigados ante las dificultades de su construcción y formulación, tienden a insinuar la conveniencia de su abandono, encaminando la solución de los problemas que ella ha contribuido a solucionar hasta ahora a través de otras técnicas”. *Ibidem*, pág. 284.

⁶⁷³ Lo mismo ocurre en el Derecho inglés. En este sentido, MALAURIE y AYNÈS señalan que: “*La résolution d'un contrat pour cause d'inexécution est, sous des noms divers, une institution aujourd'hui universelle. Mais ses modalités variant de pays à pays. Notamment, la common law d'Angleterre (termination for breach) et le droit allemand, particulièrement sensibles aux intérêts du commerce, conçoivent autrement que nous le rôle du juge en la matière*”. MALAURIE, P. y AYNÈS, L.: *Cours de Droit civil*, T. VI, Obligations, vol. II, Contrats et quasi-contrats, 11^e édition 2001/2002, Éditions Cujas, Paris, 2001, pág. 281.

cuestiones económicas.⁶⁷⁴ En general, la doctrina plantea que, en el Derecho inglés se distingue dos clases de promesas: (i) las promesas formales (*formal, unde seal*) y (ii) las promesas no formales o simples (*not under seal, simple*). En las promesas formales, el cumplimiento de la formalidad le otorga obligatoriedad y carácter jurídico; en las segundas, además del acuerdo de voluntades, se necesita de una *consideration*. Este elemento debe consistir en algo de valor para el Derecho (*something of value in the eye of law*), incluso se ha sentenciado que un gramo de pimienta puede constituir *consideration* (WHITNEY v STEAMS, 1839).⁶⁷⁵ La *consideration* no requiere ser equivalente a lo prometido por la contraparte, para dar nacimiento a la relación jurídica, basta con que sea real, es decir, que sea física y moralmente posible, concreta, determinada y legal, esto es, conforme a la ley, a la moral y al interés público (*public policy*).⁶⁷⁶ Se exige que exista una relación de causa a efecto entre la promesa y la *consideration*, así, si la promesa es gratuita no resulta obligatoria, salvo que se trate de un *deed*, que haya cumplido las formalidades vistas. En definitiva, las promesas unilaterales carentes de *consideration*, no resultan exigibles (*not under seal*), por ello, las nociones de onerosidad y bilateralidad se identifican en el Derecho anglosajón.⁶⁷⁷ Ahora bien, en el caso de que una parte no cumpla, voluntaria o forzosamente con su *consideration*, ofrecida por la promesa de la contraparte, entonces tal promesa se degenera en una promesa otorgada sin *consideration*, y el negocio pasa a ser *nudum pactum*, de manera que el promitente puede negarse a cumplirla. Así, cuando en virtud de un contrato de compraventa, el vendedor se encuentra obligado a entregar una cosa, y el comprador a pagarla en dinero, si la primera no se produce, entonces ha fallado la consideración que justificaba la promesa del comprador, y éste puede solicitar la resolución de la obligación. En definitiva, la falta de *consideration*, puede suponer cualquiera de las siguientes sanciones: (i) La inexigibilidad de la obligación, cuando la

⁶⁷⁴ Cfr.: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Op. Cit., 1998, pág. 288.

⁶⁷⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 71.

⁶⁷⁶ Cfr.: *Ibidem*, págs. 71–72.

⁶⁷⁷ Cfr.: *Ibidem*, pág. 72.

falta de *consideration* se produce en la etapa de celebración del contrato; (ii) La resolución de la obligación, en el caso de que justifique la prestación de la contraparte y ésta no llega a verificarse y (iii) La restitución de la cosa dada, cuando no se ha recibido la contraprestación (se habla de *total failure of consideration*) por medio de los llamados *restitutory remedies* (*money had and received* y *quantum meruit*).⁶⁷⁸

5.4.- CARACTERES DEL DERECHO DE OPCIÓN EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.

En definitiva, podemos indicar que el derecho de opción, en el sistema anglosajón, presenta las siguientes particularidades:

(i) En cuanto a la resolución, ésta constituye una facultad para el contratante cumplidor, toda vez que el deudor incumpla su obligación (*breach*) o no ha ejecutado la prestación (*failure of performance*), en este caso el contratante cumplidor puede *rescind* o *discharge* el negocio. En definitiva, la resolución no se produce *ipso iure*, sino que depende de la voluntad del afectado, quien puede solicitarla o bien, ejercer las acciones que el *common law* y la *equity* le otorgan (*damages, specific performance*),⁶⁷⁹ para así obtener el cumplimiento íntegro de la prestación debida.⁶⁸⁰

⁶⁷⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 73–74.

⁶⁷⁹ En este sentido, expresa CLAVERÍA GOSÁLBEZ, lo siguiente: “La *performance* puede consistir, como se dice en el núm. 3, no sólo en un acto o comportamiento, sino también en una *forbearance*, y en la creación, modificación o destrucción de una relación jurídica”. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Op. Cit., 1998, pág. 280. Vid. también: DOBBS, D. B.: *Law of remedies. Damages–equity–restitution*, Second Edition, Wets Publishing Co., USA, 1993, págs. 1 y ss.; EDELMAN, J.: “The meaning of «damages»: common law and equity”, *The law of obligations*, editado por Andrew Robertson, Ed. UCL Press, London, 2004, págs. 31 y ss.

⁶⁸⁰ Cfr.: PIZARRO WILSON, C.: “Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno”, Fundación Fernando Fueyo Laneri, en <www.fundacionfueyo.udp.cl>, págs. 2–3.

(ii) La “*rescission*” o “*discharge*” no requiere de un procedimiento judicial, excepto cuando se trate de repetir lo que se hubiera dado o pagado precedentemente o la contraparte se resista a la resolución, caso en el cual debe intervenir el tribunal. En este sentido, la doctrina ha planteado que la resolución opera de manera extrajudicial y sin necesidad de cumplir con ninguna clase de formalidad.⁶⁸¹

(iii) El *onus probandi* recae sobre el contratante incumplidor, de tal manera que éste debe proceder a acreditar los elementos o presupuestos de la acción resolutoria, los que deben existir al tiempo en que el contratante cumplidor realiza la elección.

(iv) La comunicación del contratante cumplidor, en virtud de la cual le notifica al incumplidor su voluntad de optar por la *rescind* o *affirm*, se puede realizar de forma explícita (oral o por escrito) o implícitamente, cuando ésta se deduzca inequívocamente de ciertos actos o formas de obrar.

(v) Un obstáculo al derecho de opción puede surgir con la llamada exclusión o *exemption clauses*, que consiste en una cláusula cuyo objetivo es impedir o limitar el ejercicio del derecho de opción, sustituyéndolo por otros remedios o bien, éste puede verse afectado por el Derecho estatutario, *v. gr.*, en materia de contrato de arrendamiento de inmuebles, que se encuentra regulado por la *Law of Property Act* de 1925.⁶⁸²

(vi) La resolución, una vez declarada, produce sus efectos desde el momento en que el contratante cumplidor optó por ella,⁶⁸³ y se extienden únicamente para el futuro, es decir, a diferencia del modelo francés, la resolución no constituye una causal de

⁶⁸¹ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 132.

⁶⁸² Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 133–137.

⁶⁸³ Cfr.: *Ibidem*, pág. 146.

ineficacia del contrato, ni supone la restitución de las cosas dadas en virtud de ese contrato. Para comprender estos efectos, los autores ingleses distinguen entre obligaciones vencidas y no vencidas y además, si se tratan de obligaciones del contratante incumplidor o del cumplidor. La resolución no afecta al contrato en sí mismo, sino que afecta a las prestaciones emanadas de éste. En general, las prestaciones vencidas se transforman en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.⁶⁸⁴

(vii) Para determinar si el cumplimiento del contratante que solicita la resolución, constituye o no un requisito de la acción resolutoria, hay que atender a si, en el momento de la opción, el actor estaba o no obligado a cumplir con su deber, constituyendo la regla general que el incumplimiento del acreedor, no obsta a que éste pueda pedir la resolución de la relación jurídica, cuando no estaba obligado a cumplir con su prestación, de tal forma que, en este caso, el incumplimiento de la contraparte, dispensa o libera (*discharges*) al contratante de ejecutar su propia prestación.⁶⁸⁵

Para el caso en que el acreedor vea retrasada la obtención de la resolución de la obligación (por renuncia o *waiver*, exclusión o *estoppel* o por retraso de la acción, conforme a las circunstancias), el sistema anglosajón contempla algunas facultades a favor del contratante diligente.⁶⁸⁶ (i) En el caso de renuncia (*waiver*) o cuando el acreedor opta por exigir el cumplimiento forzado de la prestación (*affirm*), ésta tiene el carácter de irrevocable, no pudiendo el acreedor cambiar de opinión.⁶⁸⁷ La renuncia

⁶⁸⁴ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 133–134.

⁶⁸⁵ Cfr.: *Ibidem*, pág. 177.

⁶⁸⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 194.

⁶⁸⁷ En este sentido, para MOSCO: “Según la opinión ampliamente difundida en Inglaterra y Alemania, para que tal manifestación pueda estimarse como presupuesto de la resolución, es preciso que el acreedor manifieste prontamente la voluntad de resolver. Por el contrario, si el acreedor insiste en reclamar el cumplimiento, o no decidiéndose ni en un sentido ni en otro, deja transcurrir un plazo que pueda considerarse suficiente para manifestar la voluntad de resolución, entonces debe entenderse que ha optado por exigir el cumplimiento y renunciado a sacar provecho del comportamiento del deudor, continuando en

debe reunir dos requisitos: (a) ser libre y espontánea, lo que supone que el acreedor tenga cabal conocimiento de los elementos fácticos que configuran el incumplimiento del deudor y de la existencia de esa facultad resolutoria. (b) La renuncia debe ser inequívoca, ya sea cuando opta por la resolución o por el cumplimiento de la prestación. Lo anterior supone la existencia de un acto inequívoco o una declaración (*an unequivocal act or statement*), en orden a solicitar el cumplimiento forzado de la deuda, abdicando a la acción resolutoria. Por lo anterior, si guarda silencio, entonces se entiende que desea solicitar el cumplimiento de la obligación, renunciando a la facultad resolutoria. Por último, se ha indicado que si el comprador recibe voluntariamente parte de los bienes que debía recibir, conociendo que son defectuosos, pero los acepta formulando protesta o reserva de sus derechos, se entiende que no renuncia a la acción resolutoria. Asimismo, en el caso de que el vendedor, después de pagar el precio respectivo, manifiesta su voluntad en orden a pedir una moratoria y también, cuando el comprador solicita una entrega completa (*full tender*), habiéndosele entregado sólo una parte de los bienes; en el caso de que el arrendador, expide una *negotiating document* dirigida al arrendatario que incumplió su obligación. Por último, también se entiende que no hay renuncia a la acción resolutoria, cuando el empleado continúa aceptando la remuneración, después que haya incumplido el empleador sus obligaciones.⁶⁸⁸

Por el contrario, en ciertas hipótesis, la conducta del acreedor hace concluir claramente su voluntad en orden a renunciar a la acción resolutoria, v. gr., cuando ejerce una acción de cumplimiento específico (*specific performance*);⁶⁸⁹ o cuando, sabiendo

tal caso, produciendo el contrato todos sus efectos, por lo que en primer lugar, el deudor podrá cumplir aunque sobrevenga la caducidad, y si el acreedor quiere instar la resolución, deberá apoyarse en un posterior incumplimiento; en segundo lugar, el deudor podrá sacar ventaja de cualquier circunstancia sobrevenida que le exonere de cumplir, especialmente si se produce a consecuencia de un caso fortuito”. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., pág. 6.

⁶⁸⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 194–197.

⁶⁸⁹ Con relación al “*specific performance*”, SAMUEL y RINKES señalan que: “A *mentality problem* is also encountered when one turns from injunctions to the quite distinct –although often in substance similar–

del incumplimiento contractual, ejecuta un acto que supone la subsistencia del negocio en cuestión.⁶⁹⁰ La renuncia a la acción resolutoria puede ser: (a) renuncia específica a la acción resolutoria, en este caso el acreedor puede deducir la acción por *damages* y la *specific performance*; (b) renuncia total (*total waiver*), en cuya virtud, el acreedor abdica de la acción resolutoria, a la acción de indemnización de daños y perjuicios y a la acción de cumplimiento específico.⁶⁹¹

En el caso de que opere el *estoppel*,⁶⁹² es decir, cuando el acreedor con su conducta, induce al deudor a creer que ha renunciado a la acción resolutoria (ha *affirmed* el contrato). Por ello, y basándose en la apariencia de renuncia que tuvo el

remedy of specific performance. In continental legal thought the idea that an order instructing a recalcitrant contractor specifically to perform his obligation under a contract is a exceptional (that is equitable) remedy appears odd. In European legal systems it is damages that are in theory the exceptional remedy. In truth there is much that is myth in the supposed difference. For example, most contractual claims in the English lower courts are for debt, which of course is a common law form of specific performance (cf Ch 4 § 5), and on the continent compensation for non-performance of a contractual obligation is more widespread than principle might suggest. At the same time the existence of specific performance as an equitable remedy subject to its own rules and principles reveals much about English contract law (cf Ch 10). Failure to perform a contract is usually seen as a matter of breach of promise rather than non-performance of an obligation and as a result the emphasis tends to be on the damage as much as on the contractual relationship itself. Thus, only where damages are an inadequate remedy will specific performance be granted in equity". SAMUEL y RINKES, *Law of obligations and legal remedies*, Op. Cit., pág. 117. Vid. también: SAMUEL, G.: *Sourcebook on obligations & legal remedies*, second edition, London, 2000, págs. 249 y ss.; WHITTAKER, "The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures", *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Op. Cit., pág. 57.

⁶⁹⁰ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 194–197.

⁶⁹¹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 198.

⁶⁹² En este sentido, SAMUEL y RINKES señalan que: "*Estoppel is a doctrine whereby a person (the representor) may be prevented by his statement or conduct from asserting or denying certain facts if the statement or conduct might cause loss to another (the representee) who has relied upon it. It is an equitable ground of relief that in some ways resembles the exception defence of Roman law whereby a plaintiff was prevented from continuing with an action by a procedural bar inserted by the magistrate. As such it is in principle available only as a defence («it is a shield not a sword») and cannot in theory create new substantive obligations. In practice, however, it can indirectly create not only iura in personam but iura in rem—for example, it can create a «sertude»—and, despite its procedural nature, it is a particularly useful doctrine in that its whole purpose can be to prevent a person from unreasonably exercising rights at common law [...]*". SAMUEL y RINKES, *Law of obligations and legal remedies*, Op. Cit., pág. 108.

deudor, entonces el acreedor se verá impedido de renunciar a la acción resolutoria.⁶⁹³ El *estoppel* requiere de apariencia (*representation of fact*) por parte del acreedor, la que debe ser inequívoca y generar en el deudor una razonable confianza (*reliance*)⁶⁹⁴ y un perjuicio (*detriment*) en la persona y patrimonio del deudor.⁶⁹⁵

Por último, hay que agregar que, en el evento de ejercer el *estoppel*, a diferencia de la pérdida de la acción resolutoria por *election* o *waiver*, no se requiere el conocimiento del acreedor en orden a que el deudor ha incumplido su deber.⁶⁹⁶

También es posible que el acreedor pierda su derecho a ejercitar la acción resolutoria, cuando se produzca un retraso razonable (*unreasonable*) en la elección por parte del acreedor (pedir el cumplimiento o la resolución de la obligación), o cuando el no ejercicio de la acción resolutoria le cause algún daño o perjuicio al deudor, ya que, en principio, no se encuentra obligado a elegir de inmediato, (salvo que exista una cláusula contractual en este sentido o una disposición estatutaria).⁶⁹⁷

Si el acreedor decide solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, pierde el derecho a pedir la resolución de la misma, salvo que se trate de un incumplimiento

⁶⁹³ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 199.

⁶⁹⁴ En el Reino Unido, se habla del “*the reliance model*”. Cfr.: COLINS, H.: *The law of contract*, Op. Cit., pág. 214. Este autor señala que: “*The alternative legal analysis of these undertakings given during the bargaining process consists of an application of the doctrine of estoppel as in the cases examined under the reliance model such as Crabb v Arun District Council. In that case, as a result of the defendant’s oral undertaking that the claimant would be granted a right of access to a road, the claimant sold a portion of his land leaving the remainder inaccessible without the point of a access. Subsequently negotiations for the legal conveyance of the right of access broke down, so no formal contract was concluded. Nevertheless, the defendant was held to be bound by the oral undertaking, which had been supplemented by conduct, all of which induced the claimant to act to this detriment. The claimant’s remedy was conceived as one to remedy the injustice which he had suffered, which in this case could only be achieved by granting him the right of access*”. Ídem.

⁶⁹⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 199.

⁶⁹⁶ Cfr.: *Ibidem*, pág. 200.

⁶⁹⁷ Cfr.: *Ibidem*, pág. 201.

continuado (*continuing breach*), ya que, en este caso, se entiende que el deudor se ha obligado a mantener una determinada situación (v. gr., mantener los jardines de un colegio), y, por tanto, si el deudor incumple con su obligación, y el acreedor renuncia a pedir la resolución de la obligación, posteriormente podrá ejercerla porque se entiende que la obligación de mantenimiento de los jardines se renueva día a día. Distinto es el caso del *once and for all breach*, pues aquí verificada la renuncia de la acción resolutoria por parte del acreedor, ya no puede en el futuro pedir la resolución de la obligación.⁶⁹⁸

Cabe hacer presente que, frente a un incumplimiento parcial o defectuoso,⁶⁹⁹ es posible que el acreedor ejercite la acción resolutoria, aun cuando dicha parcialidad o defecto se tendrá en cuenta a la hora de determinar si el incumplimiento es de la suficiente entidad,⁷⁰⁰ para justificar la resolución total o parcial de la obligación.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 213–214.

⁶⁹⁹ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO expresa lo siguiente: “[El cumplimiento parcial, defectuoso o no conforme es suficiente para legitimar la resolución del contrato] cuando el contenido de la prestación realizada –la ejecución parcial, el hacer defectuoso, o el dar cosa no conforme– reviste importancia cuantitativa suficiente para privar a la contraparte de lo que legítimamente podía esperar, o cuando cualitativamente es inhábil (*aliud pro alio*) para la finalidad que se contrató, impidiendo obtener la utilidad perseguida”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8220.

⁷⁰⁰ En este sentido, señala CLEMENTE MEORO lo siguiente: “Tampoco en el Derecho inglés cualquier incumplimiento da lugar a la resolución, sino que para ello ha de tener cierta entidad. A tal efecto, el *common law* distingue entre dos tipos de pactos contractuales, *conditions* y *warranties*, de manera que el incumplimiento de los primeros, pero no el de los segundos, faculta para resolver. En consecuencia, comenzaremos precisando las bases de esta distinción. (i) El punto de partida: la distinción entre *conditions* y *warranties*. La palabra *condition* tiene en el Derecho inglés distintos significados, alguno de los cuales ya hemos visto. Pues bien, a efectos de resolución *condition* es aquel pacto (*term*) cuyo incumplimiento por el deudor legitima al acreedor para resolver la relación obligatoria; por el contrario, si el pacto pertenece a la categoría de las *warranties*, su incumplimiento no permite resolver, sino sólo reclamar *damages*. [...] (ii) *Intermediate terms*. La distinción entre *conditions* y *warranties* no tiene en cuenta que el incumplimiento de un pacto esencial puede dar lugar a consecuencias irrelevantes y que el incumplimiento de un pacto *a priori* no esencial puede producir graves consecuencias para el acreedor. Además, la creciente complejidad de las relaciones contractuales dificulta extraordinariamente la calificación de un pacto simplemente como *condition* o *warranty*. Con el propósito de solventar estas dificultades surge el concepto de *intermediate* o *innominate term*, esto es, de aquel pacto que no es ni *condition* ni *warranty* y cuyo incumplimiento faculta para resolver sólo si es *sufficiently serious*. Por tanto, se trata de *terms* que pueden ser incumplidos de distintas maneras y con distinto alcance. Sólo cuando su

Con relación al incumplimiento parcial se debe hacer presente lo siguiente: (a) el acreedor no podrá ejercer la resolución, cuando voluntariamente haya aceptado el cumplimiento parcial ejecutado por el deudor (*voluntary acceptance of benefit*); (b) cuando el acreedor haya pedido la repetición de lo dado o entregado, no pudiendo repetir lo que haya recibido de parte del deudor, en este caso, no puede solicitar la resolución de la obligación; (c) cuando las normas estatutarias impidan al acreedor el ejercicio de la acción de resolución, v. gr., la *Sale of Goods Act* de 1979, que dispone que cuando el acreedor haya recibido mercaderías en virtud de un contrato *not severable*, el incumplimiento de parte del vendedor, se considera como un incumplimiento a una *warranty* y no como causa para declarar la resolución de la obligación.⁷⁰²

Por otra parte, en el Derecho anglosajón, se distingue entre la falta de cumplimiento (*failure of performance*) y el incumplimiento o violación del contrato (*breach of contract*). Entre ambos conceptos existe una relación de género a especie, siendo el género la falta de cumplimiento y la especie el incumplimiento. Lo anterior por cuanto todo incumplimiento constituye una falta de cumplimiento, pero no toda falta de cumplimiento equivale a un incumplimiento, porque existen ciertos casos (*lawful excuses*), en que el deudor (no obstante existir un incumplimiento), se exonera de los efectos propios de la acción resolutoria: (a) la teoría de la *frustration*;⁷⁰³ (b) la

incumplimiento suponga graves consecuencias para el acreedor, éste se encontrará facultado para resolver. En los demás casos, sólo podrá reclamar *damages*. Se diferencian de las *conditions* en que su incumplimiento no siempre faculta para resolver; y de las *warranties* en que, prima facie, el *remedy* del acreedor no se ve limitado a la indemnización por daños y perjuicios”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 260–262.

⁷⁰¹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 226.

⁷⁰² Cfr.: *Ibidem*, págs. 213–214.

⁷⁰³ Con relación a la noción de frustración en el Derecho inglés, la tesis de la imposibilidad, que arranca en el Derecho romano (que sólo la aplicaba para las obligaciones de dar), se desarrolla en la pandectística alemana del siglo XIX. En este sentido, MOMMSEN habla de “imposibilidad de cumplimiento” (“*non impleat quia non potest*”). De ahí pasa al § 275 del *BGB*, aplicándose también a las obligaciones de hacer y es recogida por el Derecho escocés. Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, Op. Cit., pág. 47.

interpretación del negocio, cuando el juez, apartándose del tenor literal de las cláusulas contractuales, limita la responsabilidad del deudor; (c) cuando existe un pacto implícito; (d) la existencia de una exclusión o *exemption clause*; (e) cuando estamos frente a una norma estatutaria, v. gr., la *Carriage of Goods by Sea Act* de 1971, en su Secc. Tercera dispone que, no se entiende implícita en los contratos de transporte marítimo de mercaderías, la obligación del transportista de mantener en buen estado el barco para la navegación (*seaworthy ship*) con un carácter absoluto (*absolute undertaking*), sino que debe actuar con la debida diligencia (*due diligence*), para mantener el navío en buen estado. Por último, hay que señalar que, en estos casos, puede existir resolución de la obligación aún cuando no haya incumplimiento, porque se ha verificado una *substantial failure of performance* (falta substancial de cumplimiento).⁷⁰⁴

(viii) Para la doctrina tradicional inglesa, toda vez que se incumplía una obligación accesoria, el contratante cumplidor estaba provisto del remedio de la resolución.⁷⁰⁵

(ix) Cuando ambos contratantes incumplen su obligación, cada parte puede pedir la resolución de la obligación.⁷⁰⁶

(x) A partir del año 2000, los tribunales británicos se han inclinado a conceder una indemnización de perjuicios para reparar los daños no patrimoniales o morales.⁷⁰⁷

⁷⁰⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 238–214.

⁷⁰⁵ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo V, Op. Cit., págs. 55–56. En contra se ha pronunciado la doctrina alemana, pues, en general, los autores germanos sólo establecían que el contrato debía resolverse, cuando las partes quisieron otorgarle a la obligación accesoria, una cierta significación. Cfr.: *Ídem*.

⁷⁰⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 184.

⁷⁰⁷ Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 137.

5.6.– ALGUNAS CONCLUSIONES.

De los sistemas jurídicos analizados, a propósito del derecho de opción, aparece, como primer comentario, la existencia de un cierto acercamiento en lo que se refiere a los fundamentos del mismo y a la forma en que éste puede desplegar sus efectos. Principios como la frustración de las expectativas e intereses de los contratantes, la teoría de la presuposición, la base del negocio jurídico, entre otros, aparecen como vigas estructurales que tangencialmente tienen aplicación en todos esos ordenamientos jurídicos, marcando el camino, quizás, hacia la armonización y unificación del Derecho europeo de las obligaciones. El contacto entre el Derecho anglosajón y el sistema continental se plasma, v. gr., en la posibilidad de ejercer unilateralmente la resolución judicial, incluso en Francia, en donde ésta no se encuentra regulada.

Es interesante analizar el caso francés, ya que el debate ahí planteado se puede repetir en el sistema jurídico español, toda vez que existe una clara tensión entre la opinión de los autores “causalistas”, posturas que se sustentan sobre ideales de justicia y equidad, afincados desde el Derecho romano y los autores que alegan por la incorporación de nuevas instituciones, muchas de ellas de origen anglosajón, inspiradas en variables de carácter económico.

Ajeno a estas disputas, merece un comentario aparte el Derecho italiano, el que ha sabido, en mi opinión, incorporar elementos foráneos, ajustándolos a su idiosincrasia, prescindiendo del yugo de la exégesis, quizás, por un cierto homenaje a la praxis de los juristas romanos. Creo que el Derecho italiano constituye un modelo que debe ser tenido en cuenta para modernizar el Derecho de las obligaciones, y en particular el derecho de opción del acreedor, toda vez que, sin renunciar a los principios que le otorgan sustento, ha logrado incorporar de buena forma, novísimas instituciones del Derecho civil moderno.

CAPÍTULO TERCERO.
ASPECTOS GENERALES EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN DEL
ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

1.– ÁMBITO DE APLICACIÓN: BILATERALIDAD Y UNILATERALIDAD.

Antes de hacer alusión a los presupuestos del derecho de opción, considero interesante analizar por separado el ámbito de aplicación del mismo.

Adelantando los requisitos del derecho de opción, propongo como elementos para que opere la facultad resolutoria tácita los siguientes: (a) Existencia de un contratante negligente; y (b) existencia de un contratante diligente.

Se debe indicar, a modo de nota previa, que se omite la exigencia en cuanto a que se trate de un contrato bilateral, sinalagmático o recíproco, por cuanto al exigir la existencia de dos contratantes (negligente y diligente), estamos asumiendo que se trata de un contrato bilateral o recíproco, en el cual, ambas partes son deudoras y acreedoras recíprocas.⁷⁰⁸ Todavía más, según una tendencia moderna, se podría ampliar el radio de aplicación de la facultad resolutoria tácita, incluso aplicándola a los contratos unilaterales. En efecto, cierta parte de la doctrina –desde los tiempos de PLANIOL y RIPERT– señala que la facultad resolutoria tácita también opera como elemento de la naturaleza, en los contratos unilaterales. En esta clase de contratos la facultad resolutoria estaría justificada, siendo incluso más necesaria que en los contratos

⁷⁰⁸ En este sentido, en Italia, MESSINEO señala lo siguiente: “De ello se sigue [de la interdependencia propia que se da en los contratos sinalagmáticos] que cada parte es, al mismo tiempo, deudor y acreedor. En tal doble carácter, la misma recibe del contrato ventajas e imposiciones de sacrificios (la ley regula, con normas separadas, los derechos y los deberes del uno y los derechos y los deberes del otro contratante)”. MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, Op. Cit., pág. 472.

bilaterales.⁷⁰⁹ Igual opinión presenta CAPITANT⁷¹⁰ y modernamente BÉNABENT⁷¹¹ y CANIN.⁷¹² La doctrina⁷¹³ señala que si partimos del tenor literal del artículo 1124 del

⁷⁰⁹ Cfr.: PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico de Derecho civil*, T. Sexto, Las Obligaciones, Primera Parte, Traducc. española de Mario Díaz Cruz, con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, Cultural, S. A., Habana, 1946, pág. 595. En este mismo sentido, SANTOS BRIZ señala que: “Así el CC de Italia habla no de contratos bilaterales, sino de contratos con prestaciones corresponsivas («*contratti con prestazioni corrispettive*»), en sus arts. 1453 y ss., en la sección dedicada a la resolución por incumplimiento. Indudablemente este criterio identifica contrato bilateral y contrato oneroso, pero de ello no deriva la supresión de la categoría de contrato bilateral, ni que implique la paulatina supresión del mismo. Creo que no se trata de una cuestión no simplemente terminológica, sino de diferentes puntos de vista: desde el punto de vista de la unidad o pluralidad de vínculos hay contratos bilaterales y unilaterales; pero mientras los bilaterales son siempre onerosos, los onerosos no son siempre bilaterales (así el préstamo es siempre unilateral, mas si se pactan intereses es oneroso). Hay, pues, interferencias entre ambas clasificaciones y una noción de causa común para los onerosos y los bilaterales en el art. 1.274”. SANTOS BRIZ, “Comentarios”, Op. Cit., págs. 212–213.

⁷¹⁰ Cfr.: CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 343 y ss.

⁷¹¹ Este autor señala que: “*On affirme traditionnellement que la résolution ne concerne que les contrats synallagmatiques, seuls dans lesquels chaque obligation trouve sa cause dans la contrepartie de sorte qu'elle peut disparaître si cette contrepartie n'est pas fournie. Mais, dans les contrats unilatéraux, le même mécanisme se retrouve, parfois sous d'autres vocales. Ainsi, pour les donations, on parle de révocation pour inexécution des charges. Pour les prêts, on parle de déchéance pour inexécution. Mais dans les deux cas, il s'agit de mettre fin au contrat à raison de son inexécution (d'ailleurs la loi elle-même parle parfois de résolution d'un prêt [...])*”. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 267.

⁷¹² En Francia, CANIN ha señalado, con relación al ámbito de aplicación del derecho de opción, lo siguiente: “*La résolution judiciaire est une sanction en principe propre aux contrats synallagmatiques (art. 1184). Mais elle sanctionne parfois l'inexécution de certains contrats unilatéraux (par exemple, le gage, le prêt à usage ou le prêt à intérêt), et, inversement, certains contrats synallagmatiques ne connaissent pas cette sanction: le contrat de rente viagère (art. 1978) ou le partage*”. CANIN, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 83.

⁷¹³ En este sentido, la doctrina ha señalado que: “El art. 1124 ha de ser interpretado restrictivamente y para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no sólo que en el mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra (S. 8–7–1954 [RJ 1954, 2027]). (STS 18–11–1994; RJ 1994, 8843)”. CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1227. Por su parte, MORENO GIL señala que: “Si no hay contrato oneroso, bilateral o sinalagmático, no se puede hablar de ilicitud de la causa, pues no existe, ni de nulidad de la obligación, ni de resolución contractual por incumplimiento de obligaciones, ni de revocación de donaciones”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1085. Asimismo, DE BUSTOS GÓMEZ–RICO; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO señalan lo siguiente: “La resolución prevista en el art. 1.124 del CC para el incumplimiento de las obligaciones recíprocas, parte de la existencia de un contrato que ha generado una específica relación obligatoria, la sinalagmática, lo que no ocurre en los pactos matrimoniales, ya que en ellos o bien se liquida la sociedad de gananciales (capítulos matrimoniales), con las atribuciones de los bienes a los cónyuges, o bien se establecen pactos concretos post–separación (convenio regulador). Las estipulaciones contenidas en estos pactos no son recíprocas en el sentido del art. 1.124 CC, es decir, que cada una de ellas no depende de la otra. Ciertamente los cónyuges pueden

Código Civil, no cabría aplicar la facultad resolutoria tácita a los contratos unilaterales.⁷¹⁴

La doctrina y la jurisprudencia han señalado que este requisito, constituye la *quinta essentia* de la cual emanarían los demás presupuestos de la acción resolutoria.⁷¹⁵ Este elemento no sólo está expresamente consagrado en el artículo 1124 del Código Civil, sino que sirve para interpretar las demás exigencias requeridas por la

haber pactado prestaciones recíprocas, pero éstas no se generan si no es por pacto expreso, lo que no ha ocurrido en el presente caso [...]. Cuando se produce la inobservancia de los capítulos matrimoniales o del convenio regulador, los afectados tienen acciones específicas para exigir el cumplimiento, pero no existe ninguna norma que permita su resolución por esta causa (S 17-10-007)". DE BUSTOS GÓMEZ-RICO, M.; CORBAL FERNÁNDEZ, J. E.; DE LA ESPERANZA, P.; GONZÁLEZ OLLEROS, J.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M^a.: *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 18^a Edición, Colex, Madrid, 2012, pág. 762.

⁷¹⁴ En este sentido, PUIG BRUTAU señala lo siguiente: "El art. 1.124 no es aplicable cuando no existe propia o estricta reciprocidad, sino que solamente concurren prestaciones accesorias a cargo de la parte acreedora [...]". PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., pág. 121. En este mismo sentido, se pronuncia DE COSSIO Y CORRAL. Cfr.: DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 295. Asimismo, PUIG BRUTAU concluye que: "No procede la aplicación del art. 1.124 cuando no existe propia o estricta reciprocidad, sino que sólo concurren prestaciones accesorias a cargo de la parte acreedora. Cf. Ss. 14 junio 1933 y 5 enero 1935". PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, Op. Cit., pág. 27. Por su parte, MORENO GIL, comentando la STS de 10 de julio de 1990, (RJ/1990/5791), señala que: "Al ser el préstamo un contrato unilateral, no le resulta aplicable el artículo 1.124. no puede ser de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa al citado artículo 1.124 del Código Civil por dos grupos de razones: la primera de tipo doctrinal; al estar dicho precepto a las obligaciones recíprocas, y ser el préstamo un contrato unilateral, según la unanimidad de los autores; y la segunda de orden práctico, ya que el Banco prestamista cumplió las obligaciones que le incumbían entregando el capital prestado, agotándose con ello sus obligaciones contractuales". MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1078. Este mismo autor, comentando la STS de 21 de octubre de 1992, señala que: "El contrato vitalicio es atípico y unilateral, por lo que no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1.124". *Ibidem*, pág. 1073. Cfr.: BOZZO, *La excepción de contrato no cumplido*, Op. Cit., pág. 111; BARROS ERRÁZURIZ, A.: *Curso de Derecho civil*, vol. II, Tratado de las obligaciones, Cuarta Edición corregida y aumentada, Ed. Jurídica de Chile, 1932, pág. 135; DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. 4 y ss.; DíEZ-PÍCAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., págs. 816 y ss.; MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 10; MÉNDEZ, R. M. y VILALTA, A. E.: "La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa", segunda edición, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2002, págs., 9-10; PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 123.

⁷¹⁵ Al respecto, *vid.*: DíEZ-PÍCAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, págs. 534 y ss.

jurisprudencia.⁷¹⁶

En este sentido, la STS de 17 de octubre de 2007, señala que: “La resolución prevista en el artículo 1.124 del Código civil para el incumplimiento de las obligaciones recíprocas, parte de la existencia de un contrato que ha generado una específica relación obligatoria, la sinalagmática, lo que no ocurre en los pactos matrimoniales, ya que en ellos o bien se liquida la sociedad de gananciales (capítulos matrimoniales), con las atribuciones de los bienes a los cónyuges, o bien se establecen pactos concretos postseparación (convenio regulador). Las estipulaciones contenidas en estos pactos no son recíprocas; pero éstas no se generan si no es pacto expreso, lo que no ha ocurrido en el presente caso”.⁷¹⁷

Así, el perfil sinalagmático del vínculo, supone que la obligación incumplida debe tener el carácter de principal, para que se proceda a declarar la resolución de la misma. Asimismo, de lo anterior se deduce, que debe tratarse de un incumplimiento grave de la obligación, es decir, no cualquier incumplimiento tiene la virtud para romper la reciprocidad entre las obligaciones bilaterales, sólo lo tendrá aquél que revista cierta importancia.⁷¹⁸

Sin embargo, se señala que en el caso de los contratos unilaterales onerosos, cabría en principio, aplicarla si, en definitiva, se considera que estos contratos son sinalagmáticos.⁷¹⁹ En este sentido, la doctrina ha señalado que se debe excluir a los

⁷¹⁶ Vid.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 65 y 72.

⁷¹⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. del M.: “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, *Código civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. II, Antonio Salas Carceller (Coord.), Ed. Jurídica Sepín, S. L., Madrid, 2009, pág. 2995.

⁷¹⁸ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 5.

⁷¹⁹ Sobre este punto, DE COSSIO Y CORRAL expresa lo siguiente: “El problema de la reciprocidad se encuentra, por tanto, íntimamente vinculado al de la onerosidad, y en tal sentido puede decirse que ésta

contratos unilaterales, pues, en ellos, no existe el vínculo de reciprocidad entre las prestaciones. Podría incluirse, dentro del radio de aplicación de la facultad resolutoria tácita a los contratos unilaterales onerosos, porque la causa de la obligación de pagar intereses, es la entrega de la cantidad prestada; y en la donación, la liberalidad del donante. Por ello, se dice, existiría una interdependencia entre la atribución patrimonial y el deber de pagar intereses, lo que significa que la acción resolutoria procede, ante el incumplimiento de la obligación, v. gr., el mutuante tiene la opción entre pedir el cumplimiento de la obligación y la resolución del contrato de mutuo.⁷²⁰

Con todo, estimo que la facultad resolutoria tácita, tendría aplicación en los contratos unilaterales, a pesar de que, sobre este punto, la jurisprudencia española moderna se ha pronunciado en contra.⁷²¹ El derecho de opción se aplicaría a los

constituye el género y aquélla una de sus especies: la prestación de una de las partes es causa de la contraprestación de la otra, por lo que, aunque existan obligaciones y derechos a cargo de ambas partes, no podrá hablarse de bilateralidad si la voluntad de éstas o la misma naturaleza de las obligaciones contraídas no han establecido una recíproca vinculación y dependencia entre ellas. Partiendo de esta idea, para que pueda hablarse de bilateralidad propiamente dicha se exige: 1.º Que las obligaciones de ambas partes tengan su origen en un título unitario y común. 2.º Que todas esas obligaciones sean las unas causas de las otras. 3.º Que se establezcan esas obligaciones a cargo de ambas partes, siendo recíprocamente deudores y acreedores, aunque de prestaciones diversas. 4.º Que cada una de las prestaciones haya sido querida como equivalente de la otra, por lo que todas ellas se condicionan mutuamente”. DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 293.

⁷²⁰ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8245–8248; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 27.

⁷²¹ En general, la jurisprudencia se pronuncia negativamente respecto de este punto, aun cuando, a propósito del contrato de opción, se ha dicho que: “Ha sido resuelto en forma contradictoria por la jurisprudencia la cuestión referida a la posibilidad de aplicación de la condición resolutoria tácita del art. 1.124 CC dado el carácter unilateral del contrato de opción de compra [...]”. DE BUSTOS GÓMEZ-RICO.; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO, *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 17ª Edición, pág. 797. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha declarado lo siguiente: “La S 29–7–1989 dice: «en el tercer considerando de la sentencia de la Audiencia se sostiene la inaplicabilidad del art. 1.124 en base al carácter unilateral del contrato de opción de compra, lo cual, si bien es cierto en la generalidad de los casos, no deja de ser dudoso en el contrato de autos en que la asignación de un precio a la opción de compra, parece configurarle la bilateral e incluirle en el ámbito del art. 1.124 CC»; más rotundamente se pronuncia la SS 22–11–1993 al decir: «sin que a la denominada opción de compra pueda serle de aplicación el art. 1.124 regulador como se sabe de la denominada condición resolutoria tácita, pues dicho (precepto, se entiende) es de exclusiva aplicación a las obligaciones bilaterales lo que excluye su aplicación a la convención jurídica que hoy nos ocupa que es de naturaleza unilateral (cfr. S 30–9–89) y mucho menos el art. 1.504

contratos unilaterales que se transforman en bilaterales y aquéllos que tienen el carácter de oneroso.

En principio, si realizamos un estudio sistemático de las normas del Código Civil, aparece que la facultad resolutoria tácita no operaría en varios contratos unilaterales, por mandato expreso del legislador.⁷²² Así, el artículo 1768, a propósito del contrato de depósito, dispone lo siguiente: “Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. El préstamo no se presume, debiendo probarse su existencia”. Pero, al analizar otras normas del CC, encontramos que el derecho de opción si tiene aplicación en los contratos unilaterales. Así, tratándose del contrato de prenda, el artículo 1870 del Código Civil dispone que: “El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño, y si lo hiciere o abusare de ella en otro concepto, puede el segundo pedir que se la constituya en depósito”. Esta norma, a diferencia de su símil francés,⁷²³ no sanciona con la resolución del contrato, al acreedor que usa o abusa de la prenda, si no que ella se transforma en depósito.⁷²⁴

CC»; y en el mismo sentido se manifiesta la S 31-7-96, «dada la inaplicabilidad del art. 1.124 CC en el contrato de opción –no hay obligación recíproca ni se trata de impago de la prima de 1ª opción que no se pactó– y no haberse llegado a perfeccionar el contrato de compraventa». Lo mismo que «no resulta acertado hablar de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato privado de opción; y, de proceder una resolución, la misma habrá de referirse a la compraventa» (S 15-7-2005)”. DE BUSTOS GÓMEZ-RICO; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO, *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 18ª Edición, pág. 763.

⁷²² Me permito citar lo que ocurre con la dogmática italiana. Sobre este punto, la doctrina itálica ha señalado que: “En conclusión, y a pesar de las pequeñas inexactitudes literales del artículo 1453, debe considerarse, que la resolución se aplica a todos los contratos conmutativos ciertos, esto es, a todos aquellos contratos en los que haya intercambio de deberes recíprocos, incluso si uno de ellos ha de cumplirse en el mismo instante de la perfección del contrato, por cuanto constituye condición indispensable para su perfeccionamiento (contrato real), o efecto simultáneo del mismo (contrato con efecto real)”. Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo VI, Op. Cit., pág. 2.

⁷²³ El artículo 2082, apartado 1º, del CODE dispone que: “Salvo que el poseedor abuse de la cosa dada en prenda, no puede el deudor pedir su restitución mientras no pague completamente el principal, y los intereses y gastos, de la deuda garantizada”. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, Op. Cit., pág. 836.

⁷²⁴ Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 125. Desde el punto de vista histórico, el FUERO VIEJO DE CASTILLA

En apoyo de esta opinión, podemos indicar lo que ha ocurrido en Francia, en que se admite la facultad resolutoria para los contratos unilaterales, bajo determinados supuestos.⁷²⁵ En este sentido, la doctrina gala ha planteado la dificultad de aplicar la cláusula resolutoria tácita, a los contratos unilaterales, aún cuando, en dos de sus artículos la consagra para esta clase de negocios: arts. 1912 y 2062,⁷²⁶ ambos del *Code*.⁷²⁷

Por su parte, en Bélgica, a pesar de que la opinión mayoritaria consiste en negar la aplicación del derecho de opción a los contratos unilaterales, en la práctica,

(4, 1, 6) si consagraba una suerte de resolución para la misma hipótesis. Disponía este texto: “«Todo ome, que compra de otro bestia, o ropa, o cosa mueble cualquier, e da señal por ella, e después non quier comprar la paga, e quier desfacer la compra, debe perder la señal que a dada, e debe ser quito. E otrosi, si el que tomó la señal non quisier dar la cosa, que ovo tomada, debe dobrar la señal, e non es mas tenudo. Mas después que la vendida fuer fecha quier de mueble, quier der rais, e fuer apoderado de ella el comprador, non se puede después desfacer, e vale al que la compró, e el vendedor non lo puede desfacer». Es decir, que, caso [sic] de mediar arras en la compraventa, el vendedor y el comprador pueden arrepentirse de ella, con tal de devolver doblada la señal o de perderla, pero, una vez que se ha cumplido la compraventa y se ha entregado la cosa al comprador, resulta irrevocable”. Cfr.: ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 12–13.

⁷²⁵ En este sentido, LÉGIER señala lo siguiente: “*La résolution pour inexécution concerne les contrats synallagmatiques, mais ce principe connaît une extension et des limitations. A) La résolution de certains contrats unilatéraux est également possible. Ex. du prêt à intérêts: si l’emprunteur ne paie pas les intérêts, le Prêteur peut exiger le remboursement immédiat du capital. La notion de cause explique cette extension: le prêteur a, au moment du contrat, exécuté sa prestation (la remise de la chose), dont la cause reside dans l’engagement de l’emprunteur de payer les intérêts et plus tard de restituer le capital. Si l’emprunteur ne satisfait pas à son engagement de verser les intérêts, l’obligation du prêteur n’a plus de cause: le prêteur peut donc exiger la restitution immédiate. De même, le débiteur qui a remis un bien en gage à son créancier peut en exiger la restitution quand le créancier ne satisfait pas à son obligation de conservation du bien gagé (art– 2344, al. 1^{er} C. civ.). b) La résolution de certains contrats synallagmatiques est interdite par la loi ou par la jurisprudence pour des raisons diverses: – la cession d’office ministériel, car le cessionnaire est investi de la charge par un acte administratif; – certains contrats aléatoires (p. ex. La rente viagère, art. 1978 C. civ.), à cause des difficultés de remettre les choses en l’état antérieur. – le partage, en raison des pertutions qui découleraient de sa résolution et de la difficulté d’en faire un autre*”. LÉGIER, *Droit civil. Les obligations*, Op. Cit., pág. 101.

⁷²⁶ En este sentido, CARBONNIER señala que: “[...] *Il est des contrats unilatéraux où la résolution est admise. Telle est, du moins, la solution commencement suivie pour le prêt à interest: si l’emprunteur manqué à son obligation de payer les intérêts, le prêteur est en doit de poursuivre immédiatement le remboursement du capital*”. CARBONNIER, J.: *Droit civil*, T. 4. Les obligations, Presses Universitaires de France, Paris, 1956, pág. 333.

⁷²⁷ Cfr.: MAZEAUD; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Op. Cit., págs. 1102–1103. *Vid. supra*, título 3.4, págs. 134 y ss.

igualmente se aplica a ciertos casos.⁷²⁸

En Italia, también se ha discutido la posibilidad de aplicar las normas que se refieren a la resolución por incumplimiento, a los contratos aleatorios. Cuatro disposiciones del *Codice civile* se refieren a esta cuestión: dos normas a propósito de la renta vitalicia (artículos 1827 y 1878), y dos disposiciones referentes al contrato de seguro, (artículos 1901 y 1924).⁷²⁹ En los contratos aleatorios, no hay propiamente un intercambio de prestaciones, sino que existe un intercambio de riesgos (*conmutatio periculi*), en especial, en los contratos puramente aleatorios, en los que la cuantía y ejecución de la prestación, dependen por entero, del acaecimiento del hecho futuro e incierto. Por lo anterior, la doctrina señala que no se puede hablar propiamente de resolución en los contratos aleatorios, porque el incumplimiento versa sobre una de las prestaciones, pero no se refiere a ambas. Con todo, respecto de esta especie de contratos, es posible que los contratantes hayan estipulado una cláusula resolutoria expresa.⁷³⁰

Por último, el artículo 1805, a propósito de la renta vitalicia, señala que: “La falta de pago en las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado,

⁷²⁸ En este sentido, VAN OMMESLAGHE señala que: “*Il ne concerne pas les contrats unilatéraux, selon la jurisprudence et la doctrine belges pratiquement unánimes. La Cour d’appel de Bruxelles a rappelé cette règle à propos d’une demande en résolution judiciaire d’un contrat de prêt à intérêt; cette demande a été déclarée non fondée pour le motif que pareil contrat ne pourrait être considéré comme un contrat synallagmatique (bruxelles, 18 mai 1962, Ps., 1963, II, 38). En pratique cependant, les contrats de prêt à intérêt comportent souvent une clause de déchéance selon laquelle la totalité du prêt doit être remboursée en cas de manquement de l’emprunteur à son obligation de payer les intérêts, cette clause pouvant sortir ses effets selon des modalités diverses et se traduisant par des conséquences concrètes proches de celles d’une résolution, mais sans dissolution rétroactive du contrat ni restitutions consécutives à une telle dissolution*”. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 877.

⁷²⁹ Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo VI, Op. Cit., pág. 3.

⁷³⁰ Cfr.: *Ibidem*, pág. 4.

sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras”. Es decir, frente al incumplimiento de la obligación, el acreedor solamente puede solicitar el cumplimiento forzado de la obligación, conforme a las reglas generales.⁷³¹ Sin embargo, se excluyó en forma expresa la prohibición de recurrir a la resolución por incumplimiento, optando simplemente por esa alternativa, pues, tanto el Código Civil francés de 1804 (artículo 1978),⁷³² como los italianos de 1865 y 1942 (artículo 1878),⁷³³ la establecieron (la resolución) cuando el deudor de la renta no otorgase garantías suficientes, que hubiere prometido en el contrato al acreedor o perceptor.⁷³⁴

Se dice que, en las normas precedentes, el legislador transforma al contrato de que se trate, en otro distinto, para proteger al contratante diligente, otorgándole una mayor seguridad, pero no establece la posibilidad de solicitar la resolución del mismo. Cabe agregar que la resolución opera tratándose del contrato atípico llamado contrato vitalicio a título oneroso y en la renta vitalicia cuando se hubiera pactado expresamente.⁷³⁵ En contra, se podría decir que la facultad no resolutoria operaría tratándose de los contratos unilaterales, porque en ellos el legislador no le otorga al

⁷³¹ En Francia, se le otorga una cierta preferencia al cumplimiento forzado de la obligación por sobre la resolución del contrato. Respecto de la ejecución forzada del crédito, *vid.*: MALINVAUD, P.: *Droit des obligations*, 8^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, Paris, 2003, págs. 586 y ss.

⁷³² El artículo 1978 del CODE decreta lo siguiente: “*Le seul défaut de payement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné: il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une Somme suffisante pour le service des arrérages*”. CODE CIVIL, Edition 2011, Op. Cit., pág. 2335.

⁷³³ El artículo 1878 del CODICE dispone que: “*Mancanza di pagamento delle rate scadute. In caso di mancato pagamento delle rate di rendita scadute, il creditore della rendita, anche se è lo stesso stipulante, non può domandare la risoluzione del contratto, ma può far sequestrare e venderé i beni del suo debitore affinché col ricavato della vendita si faccia l'impiego di una somma sufficiente ad assicurare il pagamento della rendita*”. CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice civile*, nona edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2009, pág. 1983.

⁷³⁴ Cfr.: RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 130.

⁷³⁵ Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 125.

acreedor la facultad de solicitar la resolución del contrato.⁷³⁶ Además, se debe agregar que, como se vio, uno de los fundamentos esgrimidos por la doctrina, para justificar a la facultad resolutoria tácita, es la existencia de una interdependencia entre las obligaciones recíprocas, que se da sólo en los contratos sinalagmáticos.⁷³⁷

2.- REQUISITOS DEL DERECHO DE OPCIÓN.

En general, la doctrina,⁷³⁸ en base a lo que ha dicho la jurisprudencia,⁷³⁹ señala que los requisitos o elementos para que opere la facultad resolutoria tácita, son: (a) debe tratarse de obligaciones recíprocas;⁷⁴⁰ (b) el incumplimiento de la obligación debe ser grave;⁷⁴¹ y (c) constitución en mora del deudor.^{742 743}

⁷³⁶ En honor a la verdad, se debe indicar que la jurisprudencia exige el carácter bilateral de la relación jurídica, así, v. gr., la STS de 26 mayo 2003, decreta: “[...] el contratista tendrá derecho a no entregarla obra hasta que no se le pague, dado el **sinalagma** de las obligaciones nacidas del contrato de obra. Esta situación no se ha dado [...]”. STS de 26 de mayo de 2003, (RJ/2003/509). Por su parte, la STS de 2 de diciembre de 2011, dispone que: “[...] Y a este contrato complejo, no hay duda en la aplicación del artículo 1124 del Código civil, resolución por incumplimiento de la obligación **sinalagmática** de una de las partes”. STS de 2 de diciembre de 2011, (RJ/2011/914). Al respecto, *vid.* también: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1089.

⁷³⁷ *Cfr.*: ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 78.

⁷³⁸ *Cfr.*: ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., págs. 104 y ss.; LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, Op. Cit., págs. 194 y ss.

⁷³⁹ En este sentido, *vid.* la STS de 27 de octubre de 2004, (RJ/2004/7196).

⁷⁴⁰ *Cfr.*: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 169.

⁷⁴¹ *Cfr.*: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., págs. 1122–1123.

⁷⁴² En este sentido, SANTOS BRIZ señala que los presupuestos de aplicación de esta institución son: “1. La acusada reciprocidad de las obligaciones en juego, no de obligaciones unilaterales, sino bilaterales. 2. La exigibilidad de las mismas. 3. Que el reclamante haya cumplido lo que a él le incumbía. 4. Una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor (SS. 30 de octubre 1986, 21 de marzo y 18 de noviembre de 1994, 7 de noviembre 1995)”. SANTOS BRIZ, “Comentarios”, Op. Cit., pág. 213. Por su parte, MORENO GIL señala (en cuanto a los requisitos de procedencia de la acción resolutoria y, comentando la STS de 13 de mayo de 2004), que: “Es doctrina de esta Sala, reiterada entre otras muchas, la de que para la acción resolutoria implícita establecida en el párrafo primero del artículo 1.124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: 1.º La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la

En este punto, se debe indicar que la jurisprudencia ha exigido: “[...] a) La necesaria reciprocidad de las obligaciones puestas en juego; b) La exigibilidad de las mismas, al no estar sujetas a condición o término; c) El exacto cumplimiento por parte del reclamante de aquello que a él incumbía; d) La manifiesta existencia de una voluntad rebelde en el acusado como incumplidor, no siendo suficiente el simple retraso o cumplimiento tardío; e) Que tal incumplimiento recaiga sobre los elementos esenciales del contrato, de tal forma que frustre la finalidad contractual del mismo y f) La afirmación de que la prueba de las causas del incumplimiento corresponde al que las alega, debiendo interpretarse restrictivamente esta causa resolutoria, en aras al mantenimiento del vínculo contractual. (STS 27 11–1992; RJ 1992, 9447)”.⁷⁴⁴ Por su

concertaron.– 2.º La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo así como su exigibilidad.– 3.º Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los tribunales de instancia.– 4.º Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actuación que, entre otros medios probatorios, pueda acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante.– Y 5.º Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían; salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1068. Por último, para JORDANO FRAGA, “[...] el estudio de las sentencias hecho sobre el artículo 1.504 Cc., me ha revelado que ésta, junto con la (in)existencia de un incumplimiento (imputable) en la contraparte del resolvente, es la razón que más frecuentemente se enmascara detrás de la fórmula jurisprudencial en declive–, con la invocación de la falta de «voluntad rebelde» del deudor incumplidor, lo que se quiere decir, es que la parte resolvente que alega el incumplimiento de su deudor, no ha cumplido, de su lado, sus propias obligaciones contractuales, con lo que está justificando (en tanto juegue la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, y la consiguiente *exceptio inadimpleti contractus*) el incumplimiento del deudor demandado de resolución”. JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 38.

⁷⁴³ Por su parte, MONTÉS PENADÉS exige los siguientes elementos: (a) que se trae de obligaciones recíprocas; (b) previo cumplimiento por parte del demandante y (c) la inejecución de una o de varias obligaciones por parte del otro contratante. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 30. En este sentido, *vid.* también: MÉNDEZ y VILALTA, “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, Op. Cit., págs. 10 y ss.

⁷⁴⁴ CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1228. Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., págs. 127 y 128. En este sentido, la jurisprudencia ha planteado una serie de requisitos en diversas sentencias. Así, se ha dicho que se requiere: “[...] A) la exigencia de un vínculo contractual recíproco y exigible. B) el incumplimiento grave por una de las partes y C) que la otra parte no haya inobservado lo que le corresponde. (S.T.S. 14/2/2007).

parte, la STS de 21 de marzo de 1994, señala que los elementos que se deben reunir, para que proceda la resolución por incumplimiento, son: “1º. La existencia de obligaciones recíprocas y exigibles; 2º. Incumplimiento grave de las obligaciones; 3º. Que el incumplimiento provenga de forma indubitada de la conducta del deudor y 4º. Que el contratante diligente no haya incumplido sus obligaciones.”⁷⁴⁵

2.1.– DEBE EXISTIR UN CONTRATANTE NEGLIGENTE.

Para que se de el requisito del contratante negligente es necesario: (1) que exista incumplimiento grave de la obligación; (2) el incumplimiento debe ser imputable a este contratante y (3) el deudor que incumple su obligación debe estar constituido en mora.

2.1.1.– QUE EXISTA INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LA OBLIGACIÓN.

2.1.1.1.– LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO.

El deudor no ha cumplido con su obligación, en la forma y tiempo debidos.⁷⁴⁶ Si

Los requisitos del artículo 1124, que la jurisprudencia ha sentado que para la acción resolutoria implícita establecida en este precepto pueda prosperar son: 1ª) La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron, 2ª) La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad. 3ª) Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían y 4ª) Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa del demandado, la cual, de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable, la origine. (S.T.S. 11/10/2006)”. CÓDIGO CIVIL, Jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 1276.

⁷⁴⁵ STS de 21 de marzo de 1994, (RJ/1994/2560), Cfr.: PASQUAU LIAÑO, M. (Direct.); ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (Coords.): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, arts. 1.088 a 1.976, Ed. Comares, S. L., Granada, 2000, págs. 1910 y 1911.

⁷⁴⁶ En este sentido, SANTOS BRIZ señala que: “Ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (S. 4 de octubre 1983). El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del

atendemos al mero tenor literal de la norma contenida en el artículo 1124 del Código Civil, en principio, podríamos pensar que, para que exista incumplimiento del contrato, bastaría con que se deje de cumplir cualquier obligación, tenga el carácter de principal o accesoria, y cualquiera que sea la envergadura de la parte no cumplida. El fundamento de lo anterior, se encuentra en el artículo 1124, apartado 1º, del Código Civil, que reza: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”. Esta norma señala que la facultad resolutoria tácita opera en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado, la obligación se cumple, cuando se efectúa el pago, el cual sabemos debe ser íntegro, por lo tanto si el pago no ha sido efectuado en forma íntegra, no hay pago y, por tanto, se incumple la obligación. Así lo dispone el artículo 1157 del Código Civil: “No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”.⁷⁴⁷ Por ello, cierta parte de la

contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (SS. 11 de octubre de 1982, 7 de marzo 1983). No lo constituye el simple retraso (SS. 23 de enero y 10 de junio 1996). La voluntad rebelde que se ha exigido en el incumplidor puede revelarse por su prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte (SS. 10 de marzo 1983, 4 de marzo 1986). Pero para resolver el contrato no se necesita una actividad dolosa del incumplidor, basta que se frustre el contrato para la contraparte, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas expectativas contrarias, siempre que no se limite a prestaciones accesorias (S. 5 de junio de 1989). La voluntad «deliberadamente rebelde» no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo en cuanto no aparece ni de la letra ni del espíritu de este artículo, sino que ha de ser cohonestada con los actos y conductas del deudor denotadoras de incumplimiento (S. 1 de diciembre 1989). En el mismo sentido SS. 18 de nov. 1983, 31 de mayo y 13 de nov. 1985 y 21 de enero 1999). La entrega de cosa diversa entraña incumplimiento (S. 7 de enero 1988, 19 de octubre 1994, 15 de junio 1995). También si la cosa es inservible (SS. 30 de sept. 1989, 29 de abril y 10 de nov. 1994)”. SANTOS BRIZ, “Comentarios”, Op. Cit., pág. 214. Cfr.: MORATILLA GALÁN, I.: “Mora es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación pero no lo es el simple retraso”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Presidente), N° 717, Ene.-Feb. 2010, Madrid, 2010, págs. 325-329; RUBIO TORRANO, E.: *Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesoria*, Aranzadi Civil-Mercantil, n° 9/2013 (Comentario), Pamplona, 2013, págs. 1-4.

⁷⁴⁷ El término de gracia sólo puede operar en materia civil, no así en materia mercantil. Así lo reconoce la jurisprudencia del TS, en la Sentencia de 18 de julio de 2012, que dispone: “[...] 69. No obstante, cuando los particulares se obligan con carácter recíproco, de tal forma que la obligación de uno de ellos tiene por causa la del otro, el sistema autoriza a reaccionar frente a los incumplimientos de una de las partes y faculta a quien cumplió para que exija su cumplimiento o la resolución, a cuyo efecto el artículo 1124 del Código Civil después de indicar que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, y que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, dispone que «también podrá pedir la resolución, aun después de

doctrina, principalmente TRAVIESAS, postulaba que el contratante cumplidor tiene derecho a recibir el pago íntegro de la obligación, por lo tanto, aunque el deudor haya cumplido en casi su totalidad la obligación, el contratante cumplidor igualmente podrá solicitar la resolución del contrato, pues éste se obligó con miras a obtener cierto fin, el que se ve frustrado por el incumplimiento.⁷⁴⁸ En este sentido, se ha dicho que el artículo 1124 del Código Civil, no distingue entre incumplimiento total o parcial,⁷⁴⁹ grave o de poca entidad, por la obligación principal o accesorio, es decir, al no distinguir el legislador, aquí se aplica el adagio hermenéutico: “Si la ley no distingue, no le es lícito al intérprete hacerlo”.⁷⁵⁰

El artículo 1124, apartado 3º, del Código Civil, al igual que el artículo 1184 del *Code*, le reconoce al juez la facultad para negar la resolución aún si hay incumplimiento imputable, si en su opinión no ha tenido la suficiente gravedad.⁷⁵¹ En efecto, la norma

haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». Y que «el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo». 70. Las referencias contenidas en el precepto a que «podrá pedir» y a que «el tribunal decretará», unidas a la posibilidad de que el tribunal señale plazo si, tratándose de obligaciones civiles, concurre causa –en el caso de obligaciones mercantiles el artículo 61 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) no reconoce términos de gracia y cortesía– dieron pie a que se afirmase que la resolución unilateral de los contratos era difícilmente compatible con el principio contenido en el artículo 1256 del Código Civil y que, para derogar la ley entre las partes, era precisa una sentencia judicial cuando los contratantes discrepaban sobre la resolución contractual”. STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/485).

⁷⁴⁸ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 185.

⁷⁴⁹ En este sentido, la STS de 24 de abril de 1951, no excluye a la ejecución parcial de la obligación, como fundamento para solicitar la resolución de la misma. Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 923.

⁷⁵⁰ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 185.

⁷⁵¹ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “[...] Y tampoco puede utilizarse el art. 1.124 si no hay incumplimiento defectuoso, o el incumplimiento no es grave o la obligación incumplida no es básica o esencial sino accesorio o complementaria (pues éstas no fundamentan la verdadera reciprocidad), aunque, naturalmente, el acreedor pueda exigir el cumplimiento de las mismas, pero sin que le sea posible la resolución”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 113. Vid. también: PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, Op. Cit., pág. 29. En este mismo sentido, se ha dicho que uno de los requisitos para que pueda prosperar la acción resolutoria, es la existencia de incumplimiento grave. Cfr.: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1095. En este sentido, CAPITANT señala que: “Cuando, por el contrario, se trata de obligación accesorio que ha quedado incumplida, los tribunales deniegan la resolución del contrato, y conceden simplemente el abono de daños y perjuicios”. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 340.

en cuestión, le otorga la facultad al juez, para que le fije un plazo de gracia o de cortesía al deudor para el cumplimiento.⁷⁵² Este término judicial que le concede al juez la ley, se justifica, según CAPITANT, para impedir posibles injusticias.⁷⁵³ En consecuencia, si el deudor ha cumplido parcialmente con su obligación, es posible que no se dé lugar a la resolución del contrato, sino únicamente al cumplimiento forzado si es posible, o la indemnización de daños y perjuicios.⁷⁵⁴ El tribunal dispone de facultades para calificar la resolución,⁷⁵⁵ y no necesariamente debe otorgarla si se cumplen los requisitos de

⁷⁵² Igual solución adopta el CÓDIGO CIVIL ITALIANO en su artículo 1455 (“*Importanza dell’inadempimento*”), que dispone: “*Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza avuto riguardo all’interesse dell’altra*”. BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1660.

⁷⁵³ Cfr.: CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 319.

⁷⁵⁴ Así, MORENO GIL señala lo siguiente: “Sólo el incumplimiento de las obligaciones principales de un contrato bilateral autoriza para solicitar, con base en el mismo, su cumplimiento forzoso o su resolución.... El motivo primero ... imputa a la resolución recurrida la infracción del artículo 1.124 del Código Civil, que apoya en el reconocimiento de que sólo puede utilizar la conminación judicial al cumplimiento que tal precepto establece el contratante que cumplió sus obligaciones, siendo así que la sentencia de la Audiencia admite que el actor incumplió las suyas, debe ser rechazado porque si tal aserto es veraz, también lo es la doctrina sentada reiteradamente por esta Sala que sólo el incumplimiento de las obligaciones principales de un contrato bilateral autoriza para solicitar, con base en el mismo, su cumplimiento forzoso o su resolución, o, en su caso, inhabilite al contratante a quien se imputa para utilizar el mecanismo resolutorio del artículo 1.124, y es lo cierto que la resolución que se recurre, en una labor hermenéutica que no se ha combatido en el recurso, alegando la infracción de interpretación de los contratos, llegó a la conclusión, que esta Sala ha de mantener, de que las obligaciones incumplidas por el actor eran únicamente las que ostentaban el carácter de accesorias, rango éste que, ha de repetirse, las hace irrelevantes a los efectos de aplicación del artículo 1.124 ...”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1080. Vid. también: ENNECCERUS, L.: *Derecho de obligaciones*, vol. II, Doctrina especial, Primera Parte, Tercera Edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por José Ferrandis Vilella, Decimoquinta revisión por Heinrich Lehmann, Traducc. española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1966, pág. 69; MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1082.

⁷⁵⁵ Esta calificación de la resolución se manifiesta, v. gr., en la posibilidad que tiene el tribunal para condenar al contratante incumplidor, mediante el pago de una indemnización de perjuicios. Así, la jurisprudencia ha dicho que: “Contrariamente la sentencia aprecia una conducta inicial de cumplimiento, por ambas partes, y una discrepancia de escasa cuantía en el total del precio, determinada por una modificación del proyecto, que le lleva a la conclusión de hacer uso de la facultad que concede el párrafo 3.º del citado artículo y fija un plazo prudencial para complementar las prestaciones, [...]. Como consecuencia de que no se aprecia una conducta de total incumplimiento y de la afirmación de que ninguna de las partes cumplió del todo, puesto que los actores no pagaron, ni quisieron reconocer el aumento de precio de lo edificado y demandada no terminó la obra en su plazo, falta la base para que se pueda apreciar que uno de los contratantes debe indemnizar a otro daños y perjuicios [...]”. MORENO GIL,

ella.⁷⁵⁶ En la actualidad, la doctrina mayoritaria señala que la sentencia que decreta la resolución de una obligación es declarativa y no constitutiva. En la moderna jurisprudencia, se establece que la sentencia que decreta la resolución tiene el carácter de declarativa. En este sentido se pronuncia la STS de 4 de abril de 1990 y STS de 29 de diciembre de 1995.⁷⁵⁷ La antigua jurisprudencia y CALDERÓN CUADRADO,⁷⁵⁸ la califican de constitutiva, v. gr., STS de 12 de diciembre de 1955 y 19 de mayo de 1961.⁷⁵⁹

Estimo que el razonamiento anterior, se justifica, toda vez que un propósito fundamental de los contratos es que éstos sean cumplidos; la circunstancia de que se haya infringido una cuantía mínima, no parece suficiente, para que sea procedente la resolución del contrato. Además, la buena fe debe observarse tanto en el comportamiento del deudor, como en la conducta del acreedor, y pareciera ser que el acreedor estaría faltando a dicho deber, al demandar la resolución de un contrato, cuya obligación ha sido cumplida en la casi totalidad, cuando lo leal y correcto sería solicitar

Código civil y jurisprudencia concordada, Op. Cit., pág. 1080. En este mismo sentido, CAPITANT se pronuncia a favor de la calificación de la resolución, hecha libre y soberanamente por el tribunal. Cfr.: CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 319.

⁷⁵⁶ En este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ señala lo siguiente: "No se produce automáticamente la resolución por el incumplimiento, sino que es un derecho que concede la ley y, por tanto, ante tal incumplimiento, los sujetos aceptan la resolución o tienen que ir al proceso, cuya sentencia es declarativa (declara la resolución ya operada) con efecto retroactivo al tiempo del nacimiento de la obligación". O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1119. Por su parte, PUIG BRUTAU concluye lo siguiente: "Los tribunales tienen facultades moderadoras al apreciar el incumplimiento de las obligaciones contractuales. La Sentencia de 2 marzo 1921 declara que el art. 1.124 no obliga a declarar forzosamente la resolución, sino que le permite señalar un plazo cuando existan razones que lo justifiquen". PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, Op. Cit., págs. 30–31.

⁷⁵⁷ Cfr.: ÁLVAREZ CAPEROCHI, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., pág. 94.

⁷⁵⁸ En este sentido, expresa CALDERÓN CUADRADO lo siguiente: "[...] si se parte de la clásica tripartición de sentencias no cabe otra opción que postular que la que tiene por objeto la resolución de un contrato o la nulidad del mismo [es constitutiva]". CALDERÓN CUADRADO, Mª. P.: "La resolución contractual desde la óptica del proceso. Un breve apunte al hilo de la jurisprudencia mayoritaria", *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, T. II, Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro (Coords.), Publicaciones de la Universitat de València, Valencia, 2008, pág. 1370.

⁷⁵⁹ Aun cuando, técnicamente, se debe distinguir si existe resolución extrajudicial o no. Cfr.: CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1145.

el pago de aquella parte incumplida de la obligación.⁷⁶⁰ En este sentido, se debe indicar que el principio⁷⁶¹ de la buena fe⁷⁶² resulta esencial para que el juez determine cuando el incumplimiento parcial de la obligación, ha de resultar insignificante,⁷⁶³ pues el artículo 1224 del Código Civil no distingue entre incumplimiento total y parcial.⁷⁶⁴

⁷⁶⁰ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA señala lo siguiente: “[...] El 1.124 simplemente otorga la facultad para pedir la resolución si una de las partes incumple. Ahora bien, en homenaje al mantenimiento de los vínculos obligatorios o principio de conservación del negocio (así, sentencias de 24 enero 1944, 10 marzo 1949, 3 julio 1998, etc.), el T.S. ha entendido que no por cualquier incumplimiento o inexactitud en el cumplimiento (que, en cierto modo, es incumplimiento) sea posible pedir la resolución. Desde luego que por todo lo que no sea el cumplimiento completamente exacto se puede pedir que éste se haga tal cual se debe, pero no se puede instar la resolución por cualquier desajuste entre lo que el deudor hizo realmente y el cumplimiento exacto debido. Los incumplimientos de obligaciones accesorias, complementarias, secundarias no permiten pedir la resolución. En este caso, la misma se excluye por no tratarse de obligaciones recíprocas”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 117. Cfr.: PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, Op. Cit., pág. 30. Asimismo, SCOGNAMIGLIO señala que: “La cuestión de principios no da lugar a especiales dificultades: la noción de libertad y autonomía [de la voluntad] no puede asimilarse a la de mero arbitrio, por lo cual, y sin contradecirse, siempre presupone límites, ante todo aquel básico del respeto por los intereses ajenos”. SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., pág. 17.

⁷⁶¹ Sobre el rol e importancia de los “principios jurídicos”, vid.: BELADIEZ ROJO, M.: *Los principios jurídicos*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 2ª edición, 2010, págs. 129 y ss.

⁷⁶² Sólo a modo de sinopsis, AYMERICH RENTERÍA señala que: “[...] Pero, a su vez, alguno de los criterios apuntados de libertad de forma y, principalmente el de autonomía de la voluntad están siendo objeto en la actualidad de una determinada revisión que es calificada de crisis por algunos juristas. Así el principio espiritualista que llegó a tenerse casi como axiomático es ahora objeto de algunas limitaciones [dentro de las cuales se encuentra el principio de la buena fe]”. Cfr.: AYMERICH RENTERÍA, R.: “Concepto jurídico de la obligación de Roberto de Ruggiero”, *Estudios en Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (Coord.), vol. Primero, Cometa, S. A., Zaragoza, 1993, págs. 146–147. En este mismo sentido, ENNECCERUS señala que: “Todas las fórmulas sólo dan líneas directrices generales y no deben aplicarse esquemáticamente, sino sólo teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto. Siempre será decisivo el que el derecho de resolución sea una exigencia apremiante de la buena fe, según la situación en conjunto, habida cuenta de la finalidad del contrato”. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., pág. 213.

⁷⁶³ En este sentido, CAPITANT señala que: “[...] Otras veces el demandante aducirá hechos que no constituyan un incumplimiento total, sino simplemente parcial, y que, quizá, no destruyan el interés que le indujo a contratar”. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 319. En este mismo sentido, DELL’AQUILA señala que: “Ahora bien, nos parece evidente que pretender resolver un contrato cuando el incumplimiento del otro contratante tenga poca importancia en su economía total, constituye un comportamiento que, además de poner en peligro el principio de la seguridad y estabilidad de las contrataciones, viola también las exigencias de que los contratantes se comporten de buena fe, máxime cuando el contrato haya sido celebrado válidamente y se llegue a la fase de la realización de los intereses perseguidos”. Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 189.

⁷⁶⁴ Cfr.: PUIG FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de*

Siguiendo con el análisis de este elemento, se ha dicho que el carácter principal de la obligación, supone que la obligación incumplida, debe servir como medio eficaz para obtener el fin típico del negocio jurídico.⁷⁶⁵ La jurisprudencia ha confirmado este requisito, así, la STS de 30 de mayo de 1990. En este caso, se celebró un contrato de compraventa de inmueble, mediante el cual el vendedor se obligó a tramitar las licencias municipales requeridas y, además, a gestionar las obras de urbanización del inmueble. Ante la falta de cumplimiento de estas obligaciones, el comprador demanda la resolución de la venta, pero el demandado alega en su contestación que procedió a cumplir con la obligación principal que le impone el contrato: la entrega en tiempo y forma de la finca, por ello, no se puede declarar la resolución del contrato por el incumplimiento de obligaciones accesorias al mismo.⁷⁶⁶ El TS declara la resolución solicitada, decretando que las obligaciones incumplidas no tienen el carácter de accesorio, por cuanto para el comprador son de tal entidad que, de no cumplirse dichas obligaciones, se vería frustrado el fin contractual que éste persigue, lo que supone que no sólo se lesionan los intereses del mismo, sino que además, las aspiraciones que éste tiene.⁷⁶⁷ Asimismo, la STS de 14 de octubre de 1992, se refiere al carácter principal que

Derecho civil, Op. Cit., pág. 130. Este autor agrega que: “La afirmación jurisprudencial de que «un cumplimiento defectuoso podrá dar lugar a otras acciones, pero en modo alguno es suficiente para sustentar la resolución contractual» (Ss. 25 noviembre y 3 diciembre 1992, 23 diciembre 1993 o 21 marzo 1994, entre otras), ha de circunscribirse a los casos en que el defecto es mínimo y no limita la aptitud de la prestación para satisfacer el interés del acreedor. En este último caso procede la resolución: *cfr.*, por ejemplo, Ss. TS. 7 enero de 1988, 1 marzo 1991, 7 abril y 5 noviembre 1993, 10 y 14 noviembre 1994, 17 mayo 1995, 14 octubre 2000 o 15 octubre 2002, entre muchas otras”. PUIG FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 217.

⁷⁶⁵ *Cfr.*: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 9.

⁷⁶⁶ Al respecto, *vid.*: STS de 17 de noviembre de 1995, (RJ/1995/8733), que establece que no constituye causal de resolución por incumplimiento, el no obtener los billetes de transporte, por no ser una obligación principal; la STS de 24 de marzo de 1997, (RJ/1997/1992), que decreta que las meras dificultades para aparcar en una plaza de garaje no bastan para decretar la resolución por incumplimiento; y la STS 5 de mayo de 1997, (RJ/1997/3671), que desestima la resolución, cuando no se solicitó la licencia de obras dentro del término, teniendo la obligación de pedirla. *Cfr.*: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1912.

⁷⁶⁷ *Cfr.*: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 16.

debe tener la obligación, para justificar la resolución de la misma. En este caso, se trata de una venta de una vivienda de protección oficial hipotecada, venta que no cumple con la reglamentación que existe en esta materia, por superar el precio la cuantía máxima que se fija en la normativa vigente. La parte vendedora, en virtud del contrato, se obliga a cancelar la hipoteca que pesa sobre el inmueble y a gestionar el trámite necesario para descalificar a la vivienda como protegida. La primera obligación la cumple, mas la segunda se verifica luego de la celebración de la venta y la entrega de la finca objeto del mismo. Ante esta situación, el comprador demanda la nulidad parcial de la venta, solicitando que se fije el precio de la finca, de acuerdo a la ley vigente al tiempo de perfeccionarse el contrato; por su parte, el vendedor alega la resolución del contrato, fundándose en que el incumplimiento del pago del precio, está basado en el hecho de que al tiempo de la venta no se ha podido obtener el préstamo necesario producto de la falta de entrega del vendedor de la cédula definitiva de calificación de la finca. Ante estos hechos, el TS deniega la petición de nulidad parcial del contrato, por cuanto la infracción que se pretende alegar (fijación del precio de venta contrariando la normativa vigente), constituye una contravención administrativa, que no tiene relevancia en materia civil. Ahora bien, en lo que se refiere a la petición de vendedora, el tribunal la deniega, estimando que tiene legitimación para solicitar la resolución, aquel contratante que no ha cumplido con sus obligaciones.⁷⁶⁸ En igual sentido se pronuncia la STS de 1 de octubre de 2012. Se trata de un contrato de compraventa de 32 viviendas, vendidas en virtud de tres contratos de compraventa, por un precio de 400.600, 370.900 y 369.200 euros, respectivamente. La vendedora le suministró un folleto publicitario a la compradora, en el que le ofrece una financiación a medida y una garantía de más de 80 años en el rubro inmobiliario. Además, en el contrato de compraventa, se declara que la vendedora le está gestionando un contrato de préstamo al promotor, para la construcción de viviendas, con garantía hipotecaria y subrogación a favor del comprador. Cuando se hubiere obtenido el aludido préstamo, la vendedora le comunicará tal noticia a la

⁷⁶⁸ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. 16–17.

compradora, concediéndole un plazo para que declare su voluntad de subrogarse en las obligaciones, siempre que la institución financiera haya consentido en tal subrogación. El Tribunal de Primera Instancia declaró la resolución de los contratos, negando la demanda de cumplimiento forzado. La Audiencia Provincial condena a la demandada a suscribir las respectivas escrituras y, en caso de no cumplirse con ello, al pago de una indemnización de daños y perjuicios. Por último, el TS analiza los motivos que sustentan la casación y procede a: (i) condenar a la demandada al pago de una indemnización por daños y perjuicios por no cumplir con la obligación de pagar el precio estipulado y (ii) si la demandada no instó al cumplimiento de la obligación para financiar la construcción, sino que pide la nulidad o la resolución, ésta en subsidio de aquélla. Además, no se probaron daños y perjuicios, toda vez que, era previsible que el banco negare la posibilidad de subrogación, dada la posible insolvencia del comprador. El TS confirma la sentencia recurrida.⁷⁶⁹

Esta STS hace alusión a la STS de 12 de julio de 2011, (RJ/2011/7372), que desestima la resolución de un contrato de compraventa de inmueble, fundada en el incumplimiento por parte de la vendedora, de lo ofrecido en un folleto publicitario (que ofrecía vistas a un campo de golf, a la montaña y al mar). Se dice que ese folleto no es más que una oferta o policitud, que invita a contratar, sirviendo de elemento interpretativo e integrador del contrato, conforme al principio de la buena fe consagrado en el artículo 1458 del CC, pero que en ningún caso puede servir de fundamento para declarar la resolución del contrato.⁷⁷⁰ La STS de 27 de marzo de 2007, dispone que: “[...] Por tanto, se está en presencia de una obligación accesorio, no ante la principal de pago de honorarios, y el incumplimiento de la primera no habilita para solicitar la

⁷⁶⁹ Cfr.: STS de 1 de octubre de 2012, (RJ/2012/9024).

⁷⁷⁰ STS 12 de julio de 2011, (RJ/2011/7372). Cfr.: RUBIO TORRANO, E.: *Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesorio*, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV, nº 2131, mayo de 2011, en <<http://www.mjusticia.es/>>, págs. 2–3.

resolución del contrato”.⁷⁷¹ Dicha doctrina jurisprudencial se encontraba ya anunciada en la STS de 17 noviembre de 1995, (RJ/1995/8733), pone el énfasis no en la “accesoriedad” de la obligación, para decretar la resolución del contrato, sino que en “esencialidad” del incumplimiento.⁷⁷²

Aun cuando la jurisprudencia, ha tratado de determinar el carácter principal de la obligación incumplida, atendiendo a criterios objetivos, igualmente existe jurisprudencia que atiende a cuestiones de índole subjetiva. Así, la STS de 3 de marzo de 1993, atiende a la importancia que pueda tener el incumplimiento en la relación contractual y, a la buena o mala fe del contratante incumplidor (entendida en términos subjetivos, esto es, como el conocimiento del estado de la prestación).⁷⁷³ Siguiendo con el criterio precedente, la jurisprudencia se ha visto forzada a restringir la interpretación del artículo 1124 del Código Civil, sólo a casos en los que el incumplimiento revista una cierta gravedad,⁷⁷⁴ pues, de lo contrario, y aplicando literalmente la norma precitada, cualquier incumplimiento, por mínimo e insignificante que éste sea, dará lugar a la acción resolutoria. Lo anterior se ha logrado, a través de la exigencia de ciertos elementos que ha de reunir el incumplimiento, es decir, para que el juez proceda a declarar la resolución de la obligación, debe tratarse de un incumplimiento

⁷⁷¹ STS de 27 de mayo de 2007. Cfr.: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, Op. Cit., pág. 2997.

⁷⁷² Cfr.: MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: “Resolución contractual por incumplimiento y obligaciones accesorias. Comentario a la STS (Sala de lo civil, secc. 1ª) núm. 568/2012 de 1 de octubre”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Ángel López y López; Francisco Vicent Chuliá; José Mª. Miquel González y Francisco Capilla Roncero (Directs.), nº 30, enero-abril de 2013, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2013, pág. 304.

⁷⁷³ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. 17-18.

⁷⁷⁴ En este sentido, la STS de 10 de abril de 1997, (RJ/1997/2877), no considera grave, y por tanto motivo de resolución por incumplimiento del contrato de distribución en exclusiva, el no haber alcanzado la meta anual de ventas, cuando no se solicita la resolución al año siguiente. Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1912.

cualificado. Para ello, el tribunal dispone de un amplio margen de discrecionalidad, a fin de determinar si el incumplimiento es o no cualificado.⁷⁷⁵

Respecto de este punto, DE LA HAZA DÍAZ dice que este carácter es distinto a la calificación de principal de la obligación. Este carácter atendía a si la obligación que se incumplió tiene cierta importancia dentro de la relación jurídica; en cambio, para determinar la gravedad del incumplimiento, se debe realizar una distinción: (i) en el caso de que exista un retraso en el cumplimiento de la obligación, para determinar la gravedad o levedad del incumplimiento, se debe atender a si se trata de un incumplimiento tardío, pero aún posible de la prestación. (ii) si la obligación se ha cumplido, cuando la prestación no se ajusta a los términos contractuales, sea porque la cosa entregada presenta vicios, o porque se ha cumplido parcialmente la obligación, es decir, se trata de un cumplimiento defectuoso, por ello, sobre la base de la parte de la prestación realizada, se determinará la gravedad del incumplimiento.⁷⁷⁶

Aun cuando la fórmula anterior, supone una cierta dosis de ambigüedad, pues, podría el juez identificar el concepto de gravedad con los términos importante, sustancial, determinante, entre otros, podemos indicar que, en todo caso, ésta es una cuestión de hecho determinada por los jueces de fondo, sobre la base de las pruebas rendidas.⁷⁷⁷ La importancia de señalar que se trata de una cuestión fáctica, radica en que ésta escapa del control de legalidad realizado por el TS a través del conocimiento y fallo del recurso de casación en el fondo.⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. XXII–XXIII.

⁷⁷⁶ Cfr.: *Ibidem*, pág. 19.

⁷⁷⁷ En este sentido, la STS de 18 de marzo de 1991, (RJ/1991/2265) y la STS de 23 de febrero de 1995, (RJ/1995/1106). Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1913.

⁷⁷⁸ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal*

En doctrina, se han planteado dos criterios conforme a los cuales el tribunal puede fijar la gravedad del incumplimiento: (a) un criterio subjetivo, según el cual se debe atender al perjuicio que le causó el incumplimiento a los derechos e intereses del contratante cumplidor.⁷⁷⁹ (b) Conforme al criterio objetivo, la gravedad del incumplimiento se debe determinar conforme a parámetros económicos, es decir, según la relevancia pecuniaria de la parte que se ha dejado de cumplir.⁷⁸⁰

La STS de 13 de junio de 1995⁷⁸¹ combina ambos criterios para determinar la gravedad del incumplimiento, es decir, se atiende no sólo a la frustración del fin del negocio,⁷⁸² sino que también a la frustración de los intereses⁷⁸³ y aspiraciones de las partes.⁷⁸⁴

Supremo, Op. Cit., pág. 19.

⁷⁷⁹ En este sentido, DELL'AQUILA señala que: "Tanto la doctrina como la jurisprudencia italianas han tradicionalmente interpretado la norma dictada por el art. 1.455 como aquella que pone el principio de que la gravedad del incumplimiento tiene que ser medida con el metro de la objetividad, en relación a su capacidad de turbar el equilibrio contractual establecido por medio del acuerdo de las partes". DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 182.

⁷⁸⁰ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 21. Vid. también: NANNI, L.: "Gli altri rimedi contro l'inadempimento contrattuale", *Tratatto della Responsabilità Contrattuale*, vol. Primo, Inadempimento e Rimedi, Giovanna Visintini (Direct.), Cedam, Padova, 2009, págs. 438 y ss.

⁷⁸¹ En este sentido, la STS de 13 de junio de 1995, decretó que: "La doctrina consolidada de esta Sala, que es reiterada en exigir para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no se precisa de una voluntad decididamente rebelde, [...] sino la concurrencia de situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991)". Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (Direct.): *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Actualización 1995, Ed. Trivium S. A., Madrid, 1996, pág. 618.

⁷⁸² En Argentina, la doctrina, en general (ZANONI, RINESSI), señala que el derecho de opción se sitúa en el campo de la frustración del fin del contrato, pues el incumplimiento de la obligación de una de las partes, puede acarrear la frustración del interés económico y jurídico que se tuvo a la vista al momento de contratar, en otras palabras y, en el contexto anglosajón: su *consideration*. Cfr.: RINESSI, *Contratos*, T. I, Parte General. Atipicidad – consentimiento – capacidad contractual – causa – prueba – efectos – evicción – interpretación – responsabilidad civil. Anexo jurisprudencial, Op. Cit., págs. 361–362.

⁷⁸³ Con relación a cuándo el incumplimiento contractual frustra los fines del negocio, vid.: MORATILLA GALÁN, I.: "El incumplimiento es tal, si impide el fin normal del contrato frustrando las legítimas expectativas de la parte", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Presidente), Nº 718, Mar.–Abr. 2010, Madrid, 2010, págs. 791–795.

⁷⁸⁴ En este sentido, para DABIN: "Si la consecución de la finalidad última de ambas partes ha resultado imposible, cada una de ellas puede resolver el contrato, y tan sólo habrá lugar a la indemnización de

En este sentido, la doctrina, en general, ha postulado que los conceptos de frustración del fin del negocio⁷⁸⁵ o la violación de las legítimas aspiraciones de uno de los contratantes, se producirían por ciertas circunstancias sobrevenidas, no previstas al tiempo de celebrar el negocio, que intervienen de forma definitiva en la relación jurídica.⁷⁸⁶

Así, la jurisprudencia ha señalado que: “El incumplimiento acreditado del impago referido actúa como frustración del contrato al instaurar quiebra en la finalidad económica del mismo, imputable exclusivamente a la parte compradora, pues frente al vendedor que cumple, como aquí sucede, el adquirente incumplidor desequilibró la relación contractual por su postura voluntaria de no llevar a cabo los pagos asumidos, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, pues ha abandonado el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde,⁷⁸⁷ por lo que ya no deviene exigir una actitud dolosa del comprador para decretar la resolución de los contratos de compraventa (sentencias de 11-3-1991, 23-4-1992, 9-10-1993, 22-12-1993, 10-10-1994, 29-12-1995, 7-2 y 23-3-1996, 24-10-1998, 22-2-1999 y 7-3-2005, entre otras muy numerosas”.⁷⁸⁸

daños y perjuicios cuando una parte haya producido la transformación de las circunstancias por sus «actos libres» y deba, por consiguiente, responder de ella”. DABIN, *El derecho subjetivo*, Op. Cit., pág. 140.

⁷⁸⁵ En este sentido, *vid.*: BARAONA GONZÁLEZ, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, S. L., Madrid, 1998, págs. 217-218.

⁷⁸⁶ *Cfr.*: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 81.

⁷⁸⁷ En este sentido, BUSTO LAGO se pregunta si ¿ha sido desterrada la noción de voluntad rebelde para que el incumplimiento tenga eficacia resolutoria?, llegando a la conclusión de que, en la actualidad, la jurisprudencia ha reemplazado esta exigencia por una noción objetiva: la «frustración del fin del contrato». *Cfr.*: BUSTO LAGO, J. M.: “Comentario a la STS de 6 de diciembre de 2010, (RJ/2010/6953)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 87, septiembre-diciembre 2011, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, (Direct.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2011, págs. 1444-1446.

⁷⁸⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, Op. Cit., págs. 2995-2996. *Vid.* también, respecto de la resolución por frustración del fin del contrato: LYCHKOWSKA, K.: *Resolución por frustración de la finalidad del contrato desde la jurisprudencia del tribunal supremo*, Aranzadi Civil-Mercantil nº 20/2009 (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2010. En <<http://www.westlaw.es/>>, págs. 2 y ss.

Desde este punto de vista, las posibilidades de incumplimiento grave de las obligaciones son: (i) incumplimiento total, (ii) cumplimiento con retraso y (iii) cumplimiento defectuoso o parcial.⁷⁸⁹

Cierta doctrina señala que el cumplimiento parcial es una especie de cumplimiento defectuoso, que por regla general dará lugar a la acción resolutoria, salvo dos excepciones: (i) cuando la parte incumplida sea de poco monto o de escasa importancia, sea subjetiva u objetivamente. En este caso el contratante cumplidor sólo estará legitimado para solicitar una indemnización de perjuicios; (ii) cuando la parte cumplida le ha sido útil para el contratante cumplidor, tampoco procede resolver el contrato, aun cuando la parte incumplida sea importante.⁷⁹⁰

Por otra parte, la antigua jurisprudencia alemana, se ha pronunciado a favor de la resolución del contrato bilateral, cuando se lesiona o destruye la finalidad última del negocio. En efecto, un empresario alquiló un local para dedicarse al negocio de restaurante, para lo cual, compró ciertas cosas que se encontraban en el inmueble, procediendo a entregar un anticipo del precio, cuya restitución demandó, alegando que la autoridad correspondiente le había denegado el permiso para instalar en ese lugar el mencionado negocio. El tribunal decretó que ambos contratos, constituían un todo inseparable, cuya finalidad última consistía en que el actor pudiese efectivamente montar en el inmueble un restaurante. Esos negocios se concluyeron, contando con que el actor obtendría el permiso pertinente, autorización que le fue denegada. Ante ello, el juez declaró que dicha denegación hizo imposible la consecución de la finalidad última de los contratantes, procediendo la facultad para el afectado, de resolver dichos contratos.⁷⁹¹ Ahora bien, cuando su frustra la finalidad última para una sola de las

⁷⁸⁹ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 21.

⁷⁹⁰ Cfr.: *Ibídem*, pág. 34.

⁷⁹¹ Cfr.: DABIN, *El derecho subjetivo*, Op. Cit., pág. 140.

partes, el afectado también puede solicitar la resolución del negocio, indemnizándole los daños y perjuicios que haya sufrido la contraparte.⁷⁹²

Así, el que resuelve el negocio, por medio de su manifestación de voluntad, se libera del deber originario, el que es remplazado por la obligación de indemnizar daños y perjuicios.⁷⁹³ Por último, hay que agregar que, incluso en los casos en que se pone en peligro la realización del fin último del negocio, aun cuando éste no se hubiera afectado, para KRÜCKMANN, es posible resolver un contrato sinalagmático.⁷⁹⁴ Para DABIN, en cambio, frente a esta situación, la defensa del afectado se debe basar en la *exceptio non adimpleti contractus*, pues, basta con que no ejecute su prestación, cuando exista un real peligro de afectación del fin del negocio.⁷⁹⁵

Por otra parte, la jurisprudencia ha reiterado que el incumplimiento debe ser grave o decisorio.⁷⁹⁶ Así, v. gr., la STS de 3 de julio de 1997 (RJ/2012/485),⁷⁹⁷ dispone

⁷⁹² En este sentido, señala DABIN lo siguiente: “La imposibilidad de alcanzar el fin sólo afecta a la subsistencia del contrato cuando se trate no de la finalidad de una sola parte, sino de la finalidad común y, en este sentido, finalidad objetiva del contrato. [...] La finalidad primera e inmediata de cada parte de un contrato bilateral es obtener la contraprestación. El comprador quiere disponer de las mercaderías compradas; el arrendatario, usar del modo normal o convenido la cosa arrendada; el comitente, que se realice la obra contratada. Esta finalidad se desprende de la naturaleza del contrato en cuestión; es una finalidad común, puesto que cada parte quiere procurar la finalidad de la otra para así conseguir la suya; por tanto, es necesariamente contenido del contrato”. DABIN, *El derecho subjetivo*, Op. Cit., págs. 155–156.

⁷⁹³ Cfr.: *Ibidem*, pág. 141.

⁷⁹⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 152.

⁷⁹⁵ Cfr.: *Ídem*.

⁷⁹⁶ En este sentido, ya lo advertían PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, al señalar que: “Estamos ante el requisito cuya concurrencia es más difícil de establecer, porque el art. 1.124.i se limita a exigir que el obligado que no cumpliera lo que le incumbe y porque esta imprecisión ha sido aprovechada por el Tribunal Supremo para dosificar el remedio resolutorio”. PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 130. Asimismo, la doctrina ha planteado que debe tratarse de un incumplimiento esencial o grave, v. gr., para CLEMENTE MEORO: “[...] la reciprocidad o interdependencia de la obligación incumplida, en relación con la –o las– que corresponde cumplir al otro contratante, lo que determina la posibilidad o imposibilidad de resolver. La esencialidad o accesoriedad de la obligación incumplida viene determinada por su carácter interdependiente –o no interdependiente– respecto de las obligaciones de la otra parte; y para ello se refiere nuestro Tribunal Supremo a la «mutua condicionalidad» de las

que: “La cláusula resolutoria pactada es de efectos bilaterales en cuanto contempla situaciones resolutorias que afectan a ambos contratantes y si bien es cierto que no se integró como hecho probado la concurrencia de haberse producido suspensión temporal de las obras, no es menos cierto que la resolución contractual que se declara, es resultado positivo de la apreciación y valoración del material probatorio obrante en el pleito, que puso bien de manifiesto la convergencia de incumplimiento decisivo, deficiencias y carencias, únicamente imputables a la recurrente y que se detallan en el Fundamento Jurídico segundo, las que actúan quebrando el principio de buena fe y la debida cooperación por parte de la junta, en acomodo a la reglamentación contractual, lo que determina que **procede la aplicación del artículo 1124 del Código Civil, al resultar genérico (Sentencia de 31 diciembre 1991 [RJ 1991\9272]), e incidir en todas las obligaciones recíprocas, en cuanto es implícito a las mismas y conforma facultad o derecho potestativo que corresponde ejercitar al contratante cumplidor, frente al que resulta incumplidor, ante una situación singular, para cancelar la relación, poniendo término a la misma, tanto atendiendo a lo pactado —el incumplimiento convenido es subsumible en los postulados del artículo 1124 (S. 12**

obligaciones. Conforme a este criterio, no cabe la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias, es decir, de aquellas que no tienen carácter recíproco respecto de las que corresponde cumplir al otro contratante [...]”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 243–244. Por su parte, DE COSSIO Y CORRAL señala que: “[...] Se precisa, además, y sobre todo, que el incumplimiento sea total y grave para que pueda en él fundarse una acción resolutoria, no bastando la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si éste tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución en la común intención de los contratantes”. DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., págs. 295–296.

⁷⁹⁷ Los hechos en que se funda esta STS son: «BALPIA, S. A.» dedujo demanda en juicio de menor cuantía en contra de la Junta de Compensación del Polígono R-66-A de Cáceres, solicitando la resolución del arrendamiento de obra y reclamación de daños y perjuicios. La Junta de Compensación se opuso a la demanda y formuló reconvencción sobre resolución por retraso en la ejecución de la obra. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Cáceres dictó Sentencia, el 5-11-1992, estimando parcialmente la demanda y desestimando la reconvencción. La Junta de Compensación apeló y la actora se adhirió al recurso. La Audiencia Provincial de Cáceres, en Sentencia de 8-5-1993, estimó parcialmente tanto el recurso de la Junta de Compensación como la adhesión de la entidad demandante, declaró la resolución del contrato por incumplimiento de la Junta de Compensación y le condenó al pago de 45.642.423 ptas. más la cantidad que resulte en ejecución de la sentencia por la peritación de los trabajos topográficos realizados. La sentencia fue aclarada por los Autos de 20-5-1993 y 29-5-1993. La Junta de Compensación interpuso recurso de casación. El TS declara no haber lugar al recurso. STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/485).

mayo 1992–, como a lo previsto en la norma legal, al tratarse del lícito ejercicio del principio de autonomía negocial (S. 19 noviembre 1984 [RJ 1984\5565]). Conforme a la más moderna doctrina jurisprudencial para la resolución de los contratos no se precisa una actitud dolosa del incumplidor, bastando que se frustre el fin del negocio, así como la atribución a la parte incumplidora de conducta voluntaria y obstativa a la ejecución del contrato, en los términos en los que se pactó (SS. 18 marzo 1991 [RJ 1991\2265], 4 marzo 1992 [RJ 1992\2157], 23 abril 1992 [RJ 1992\3321], 19 octubre 1993 [RJ 1993\7746] y 15 junio 1995 [RJ 1995\4858], entre otras). Ejercida y practicada, como aquí sucede, la resolución por quien cumplió sus compromisos obligacionales, habido en cuenta el carácter sinalagmático e interdependiente de los derechos y deberes de los recíprocos pactados, la sentencia recurrida sancionó la validez de la procedente de «BALPIA, SA» y no acogió la alegada en vía reconvencional por la Junta recurrente, con lo cual argumentar ahora sobre su procedencia no resulta de recibo casacional, toda vez que se hace supuesto de la cuestión, con aportaciones propias e interesadas de las pruebas y sobre todo al haber quedado justificado el retraso en las obras que se imputa a la actora y aparecer la recurrente como la única provocadora y responsable de la demora que denuncia. No se han cometido las infracciones que se aportan consistentes en indebida aplicación de los artículos 1124, 1255 y 1281 del Código Civil y el motivo perece”.⁷⁹⁸

⁷⁹⁸ STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/485). *Vid.* también: la STS de 18 de julio de 2012, que señala: “Para facultar la resolución unilateral en las obligaciones recíprocas, a instancia de quien no incumplió o incumplió justificadamente, la jurisprudencia exige que el incumplimiento revista cierta entidad, y así la sentencia 210/2008, de 14 de marzo (RJ 2008, 1707), exige el incumplimiento grave, de «una obligación principal dentro de la economía del contrato»; y, en la 223/2011, de 12 de abril (RJ 2011, 3454), con cita de numerosas anteriores, que se trate de un incumplimiento caracterizado como «verdadero y propio», «grave», «esencial», «que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes o bien genere la frustración del fin del contrato», «la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico» [...]”. STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/9332). En este mismo sentido se pronuncia SANTOS BRIZ, quien cita la STS de 7 de noviembre de 1973. *Cfr.*: SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 129; CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., págs. 1031 y ss.

Por su parte, la STS de 19 de mayo de 2008, dispone que: “En el caso que se enjuicia el defecto de motivación es manifiesto, ya que si no hay duda de que para el tribunal de apelación los retrasos en el pago del precio aplazado, en que incurrió la compradora demandante, carecen de entidad resolutoria por la escasa duración de la situación infractora”.⁷⁹⁹

Se estima que la jurisprudencia no ha tenido uniformidad a la hora de establecer un criterio, conforme al cual se determine la accesoriedad de una obligación.⁸⁰⁰ Así, en algunos casos ha declarado la resolución de la obligación, cuando el incumplimiento de ésta implica, en cierta forma el incumplimiento de la obligación principal. En otros casos, la jurisprudencia ha atendido a las consecuencias que genera el incumplimiento de la obligación. Por último, la esencialidad⁸⁰¹ de la obligación se ha precisado conforme al criterio de la reciprocidad, sinalagmaticidad o interdependencia entre las obligaciones de los contratantes.⁸⁰²

⁷⁹⁹ STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/308).

⁸⁰⁰ En este sentido, MORENO GIL dice [analizando la STS de 29 de diciembre de 1997], que: “«... es doctrina reiterada de que sólo hay verdadero incumplimiento cuando se refiere a la esencia de lo pactado y no a prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su entidad el fin económico del contrato»”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1073. Este mismo autor señala [Comentario la STS de 17-2-1998, (RJ/1998/874)], que: “«... el incumplimiento de obligaciones accesorias no da lugar a la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus»”. *Ibidem*, pág. 1072.

⁸⁰¹ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que: “Los incumplimientos esenciales (por ejemplo, una imposibilidad absoluta, total y definitiva, el término esencial, el que el deudor manifieste con rotundidad que no va a cumplir) permiten al acreedor el ejercicio directo, inmediato, de la resolución”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 460.

⁸⁰² Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 241-249. Por su parte, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala que: “[...] se habla de incumplimiento básico, esencial y grave en las Sentencias de 28 de febrero de 1986 (A.C. 501/86, § 11) y de 8 de febrero de 1993 (A.C. 646/93, § 17) y de incumplimiento inequívoco y objetivo del deudor en la Sentencia de 5 de junio de 1989 (A.C. 910/89). A incumplimiento verdadero y propio se refiere la Sentencia de 21 de marzo de 1994/A.C. 784/94, § 18), que además exige que el incumplimiento venga referido a la obligación principal”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 33-34. En este mismo sentido, GALGANO señala que: “Questo rapporto di corrispettività tra le prestazioni è, tradizionalmente, detto *sinnallagma*, con una locuzione tramandata dal *code Napoléon* (art. 1102): *esprime l’idea di un legame reciproco fra le parti, ne costituisce la causa (cosiddetto sinalagma funzionali)*”. GALGANO, *Il contratto*, Op. Cit., pág. 510.

2.1.1.2.– ¿LOS DEFECTOS DE LA COSA ENTREGADA CONSTITUYEN UN INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LA OBLIGACIÓN?

Por razones de orden, me referiré –en este apartado– al incumplimiento defectuoso, como posible causal de resolución contractual. En general, la doctrina plantea que se deben combinar –respecto del incumplimiento defectuoso–, las normas específicas que establece el Código Civil (v. gr., a propósito de los contratos de compraventa y de obra, arts. 1486, apartado 1º y 1591 respectivamente), con las reglas generales en torno a la resolución que estamos analizando, cuando las deficiencias son de tal entidad, que desfiguran el uso normal de la cosa, de tal forma que ésta ya no sirve para cumplir el propósito natural.⁸⁰³ Se dice también que el cumplimiento defectuoso puede dar lugar a la resolución de la obligación cuando los defectos hagan que la cosa objetivamente no sirva para su uso habitual y,⁸⁰⁴ por tanto, no satisfaga los intereses del contratante cumplidor o, cuando hubiere disminuido de valor o utilidad, siempre que el contratante cumplidor no la haya recibido y aceptado con dichos defectos.⁸⁰⁵

Por último, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN habla de “prestación defectuosa” y “prestación inadecuada”.⁸⁰⁶ Para este autor, procede el incumplimiento resolutorio⁸⁰⁷ (eje y justificación para declarar la resolución de la obligación recíproca),

⁸⁰³ Cfr.: PUIG FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 131.

⁸⁰⁴ En este sentido, la STS de 3 de abril de 1981, (RJ/1981/1479), ordena la resolución de la obligación, pues, la máquina objeto de la misma, no reúne las especificaciones técnicas requeridas. Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1912.

⁸⁰⁵ Cfr.: DE PABLO CONTRERAS, “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., pág. 217.

⁸⁰⁶ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. I, 1973, Op. Cit., pág. 543.

⁸⁰⁷ Al respecto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “La amplia y abigarrada jurisprudencia en torno al artículo 1.124 del CC tiene su centro de gravedad en la idea del «incumplimiento resolutorio»”. *Ibidem*, pág. 555. Respecto de los caracteres del incumplimiento resolutorio, *vid.*: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8217–8219.

en tres hipótesis: (a) Cuando en un contrato bilateral una de las partes manifieste expresa, tácita o presuntamente, su intención de incumplir su obligación; (b) Frente a una imposibilidad sobrevenida de la obligación, aun cuando ésta obedezca a caso fortuito o fuerza mayor, y (c) Cuando el deudor ejecuta en forma defectuosa la prestación o se encuentre en mora de cumplir o incluso existe un simple retraso en el cumplimiento.⁸⁰⁸

En este punto, surge una pregunta: ¿es posible acumular, frente a un vicio oculto o redhibitorio, las acciones propias de la compraventa con la resolutoria? En opinión de la jurisprudencia, ello es posible (STS de 1 de enero de 1991, 14 de abril de 1993, 15 de noviembre de 1993 y 10 de mayo de 1995), incluso, son compatibles las acciones de defecto de cabida y vicios en la compraventa mercantil, con la acción resolutoria. (STS de 30 de abril de 1999 y STS de 11 de mayo de 1999).⁸⁰⁹ Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, esto se debe a que, en la actualidad, la jurisprudencia prescinde de la culpa, para determinar la procedencia de la acción resolutoria, esta culpa fundamentaba

⁸⁰⁸ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2ª edición, reimpresión, 1979, Op. Cit., pág. 555.

⁸⁰⁹ Cfr.: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., pág. 101. Este autor agrega lo siguiente: “Normalmente la cuestión se plantea porque el vendedor que tiene que responder del vicio o defecto alega la caducidad de la acción edilicia, que tiene plazos breves de caducidad, el comprador por el contrario suele argumentar que la acción de resolución del comprador que descubre el vicio, como en todo supuesto de responsabilidad contractual, como acción que no tiene señalado un plazo especial, se le debe aplicar el plazo general de quince años, argumento que suele acoger la jurisprudencia (SSTS 30.11.84, 8.4.92, 4.11.94), siempre que hay culpa en el cumplimiento defectuoso, procede la indemnización de los daños y el plazo de ejercicio de la acción es de quince años (SSTS 4.6.92, 21.3.94, 25.10.94), régimen también aplicable cuando el vicio suponga un incumplimiento por falta de idoneidad o inutilidad de la cosa (SSTS 30.6.97, 29.6.92). La distinción entre vicio oculto y cumplimiento defectuoso se desarrolla también en detalle en el régimen de la responsabilidad por defectos de la obra (SSTS 10.10.94, 27.10.99). No se trata con todo de una jurisprudencia unánime. Así la STS 14.6.96, establece que si se ejercita una acción para la reducción del precio por los defectos en la cosa, no ha lugar a solicitar la indemnización de los daños por el incumplimiento, pues esto es sólo predicable de la acción resolutoria del artículo 1.124 CC; la STS 14.11.94, afirma que ejercitada una acción resolutoria por incumplimiento son inaplicables los preceptos del Código de Comercio que regulan el saneamiento, y la STS 7.6.96, afirma que si en la reconvención se pretendió la existencia de defectos ocultos, no se puede alegar en casación el incumplimiento; pero en todos los casos parece que se trata de meras declaraciones *obiter dicta*, innecesarias para resolver la cuestión de fondo y forzadas por el curso del procedimiento”. Cfr.: ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., págs. 101–102.

la indemnización de daños y perjuicios, ya que de no existir culpa, la cosa (en la compraventa) perecía para el comprador y no para el vendedor.⁸¹⁰ Asimismo, se ha dicho respecto de este punto, que en realidad, en la mayoría de los casos, la jurisprudencia ha concluido que el cumplimiento defectuoso, genera un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios, para el contratante inocente, dependiente de la gravedad del mismo.⁸¹¹

Tratándose del contrato de compraventa, existe una norma especial que podría generar dudas en torno al plazo de la acción resolutoria: el artículo 1490 del Código Civil, que dispone: “Las acciones que emanen de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida” (se refiere a la acción de saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida). Sobre este punto, la jurisprudencia moderna ha planteado que, cuando el vendedor entrega una cosa inservible,⁸¹² se entra en el ámbito de aplicación del artículo 1124 del Código Civil. Lo anterior es importante, pues el plazo para solicitar la acción resolutoria es de quince años (artículo 1964 del Código Civil).⁸¹³ En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia: SS. de 24 de septiembre de 1930, 12

⁸¹⁰ Cfr.: ÁLVAREZ CAPEROCHI, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., pág. 102.

⁸¹¹ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 40 y 41.

⁸¹² Este adjetivo ha sido interpretado de manera amplia por la jurisprudencia. Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 31.

⁸¹³ Cfr.: ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 208; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 112; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8248; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, Op. Cit., pág. 151; DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 31; LACRUZ BERDEJO; SANCHEZ REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., pág. 198; GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., pág. 8248; MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 16; RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 177; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Op. Cit., pág. 1721. En este mismo sentido, se pronuncian las STS de 14 de octubre de 1914 y 24 de septiembre de 1930. Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 925.

de marzo de 1965, 20 de diciembre de 1997, 30 de junio de 1983, 11 de julio de 1984, 22 de octubre de 1984, 30 de noviembre de 1984 y 4 de noviembre de 1994.⁸¹⁴ En igual sentido, se pronuncian las SS. de 14 de noviembre de 1927, 6 de mayo de 1944, 12 de junio de 1944, 10 de marzo de 1950, 17 de febrero de 1951, 16 de junio de 1953 y 25 de octubre de 1962.⁸¹⁵

2.1.1.3.– TENDENCIAS ACTUALES EN TORNO AL CONCEPTO DE GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO.

En el último tiempo se ha tratado de reemplazar la noción de gravedad del incumplimiento por el concepto de esencialidad. Así, diversos textos internacionales hablan de incumplimiento esencial de la obligación,⁸¹⁶ tomando como base la tradición anglosajona.⁸¹⁷ Así, v. gr., el art. 7.3.1. de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, *UNIDROIT*.⁸¹⁸ El incumplimiento es esencial “[...] si

⁸¹⁴ Cfr.: ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 122.

⁸¹⁵ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, Op. Cit., pág. 151.

⁸¹⁶ En España, también RODRÍGUEZ GARCÍA utiliza esta nomenclatura, al indicar que: “Es necesario que la obligación incumplida sea la básica o esencial. No puede pues utilizarse el art. 1.124 si la obligación incumplida [es] accesorio o complementaria (pues éstas no fundamentan la verdadera reciprocidad), aunque, naturalmente, el acreedor pueda exigir el cumplimiento de las mismas, pero sin que le sea posible pedir la resolución”. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Op. Cit., pág. 133.

⁸¹⁷ Es interesante señalar, sólo a modo de sinopsis, pues el tema será analizado más adelante, que en el “*Draft Common Frame of Reference*” de 2009 (en adelante *DCFR*) se distingue entre la compraventa ordinaria y la compraventa de consumo, para establecer el carácter que debe presentar el incumplimiento, a fin de que éste de lugar a la resolución del contrato. En la primera, se exige que el incumplimiento sea esencial (artículo III. 3.– 502 *DCFR*, “*Termination for fundamental non-performance*”); en cambio, para la compraventa de consumo se utiliza el módulo llamado falta de conformidad menor (artículo IV. A.– 4:201 *DCFR*, “*Termination by consumer for lack of conformity*”), es decir, el límite de la resolución en la compraventa de consumo, al parecer, es más bajo que el de la compraventa ordinaria. Cfr.: FENOY PICÓN, N.: “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores”, *ADC*, T. LXII, fasc. I, Madrid, 2009, págs. 211–212.

⁸¹⁸ Cfr.: DE BUSTOS GÓMEZ-RICO; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO, *Código Civil*, 17ª Edición, Op. Cit., pág. 800.

priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, «si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra». Este principio se repite en el art. 8.101 (1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (*PECL*), que en el art. 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato”.⁸¹⁹

Por su parte, el artículo 25 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, dispone que: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.⁸²⁰ Por lo tanto, para que el incumplimiento sea catalogado de esencial, a la luz de lo dispuesto en esta norma, debe reunir dos elementos: (i) debe tratarse de un incumplimiento que lesione, dañe o perjudique de manera fundamental a una de las partes del contrato, privándolo sustancialmente de aquello que esperaba recibir en virtud del contrato y (ii) que exista

⁸¹⁹ DE BUSTOS GÓMEZ-RICO; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO, *Código Civil*, 17ª Edición, Op. Cit., págs. 800–801. En este marco, dispone el artículo el artículo 8:103 de los Principles of European Contract (en adelante *PECL*), lo siguiente: “El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forme parte de la esencia del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever razonablemente ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”. Cfr.: VIDAL OLIVARES, Á.: “La noción de incumplimiento esencial en el Código civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, n° 32, junio 2009, Valparaíso, Chile, 2009, en <www.scielo.cl>.

⁸²⁰ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Naciones Unidas, Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena, New York, 2011, pág. 8.

una razonable expectativa o previsibilidad en orden a tal resultado por parte del deudor, al tiempo de contratar. Ahora bien, la acción resolutoria procede igualmente en caso de que el acreedor hubiere otorgado un término al deudor, para que cumpla su obligación, y éste no lo hace o declara que no ha cumplido dentro del mencionado plazo o extensión (*nachfrist*).

Frente a esta regulación, los autores han señalado el carácter ambiguo e indeterminado de la misma, pues, no se aclara ¿qué debe entenderse por privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato? En este sentido, se ha planteado que debe integrarse esta norma y para ello, se debe recurrir a los principios generales de la Convención, conforme a su artículo 7.2. Dentro de estos principios se recurre al mencionado artículo 7.3.1. de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, *UNIDROIT*, el que le otorga acción resolutoria a la parte perjudicada por el incumplimiento de la contraria, cuando: “[...] (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) el cumplimiento estricto de la obligación era esencial dentro del contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”.⁸²¹ Por su parte, el párrafo 3º de este cuerpo normativo, establece que también procede: “En caso de demora, la parte perjudicada podrá dar por terminado el contrato si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el artículo 7.1.5”.⁸²² Es

⁸²¹ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 24.

⁸²² Cfr.: *Ídem*.

decir, se trata del caso del plazo adicional a que se refiere la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.⁸²³

En este marco, fuera del incumplimiento esencial, existen otras dos hipótesis en que procede la acción resolutoria: (i) cuando los contratantes hayan elevado a determinada obligación, a la categoría de esencial; (ii) cuando el comportamiento rebelde del deudor supone la pérdida de confianza del acreedor, en orden a que el deudor cumplirá la obligación en el futuro.⁸²⁴ En este sentido, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, resulta fundamental la distinción entre incumplimiento esencial y no esencial, toda vez que, tratándose de un incumplimiento esencial de la obligación (v. gr. la negativa categórica del deudor en orden a incumplir con su deber o la imposibilidad absoluta de cumplimiento), el contratante cumplidor puede solicitar directamente la resolución de la obligación.⁸²⁵ Así, cuando el artículo 1124 le otorga al juez la facultad para fijarle un plazo al deudor para que cumpla, cuando exista causa justificada, se refiere precisamente a esta situación: un incumplimiento no esencial de la obligación.⁸²⁶

El *Codice civile* expresamente exige que el incumplimiento tenga cierta importancia, para que el juez proceda a declarar la resolución. En efecto, el artículo 1455 del *Codice civile* italiano dispone que: “*Importanza dell’inadempimento. – Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa*

⁸²³ Vid.: artículo 49, 1), b), de la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. Cfr.: PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.uncitral.org>>, Op. Cit., pág. 15.

⁸²⁴ Cfr.: VIDAL OLIVARES, “La noción de incumplimiento esencial en el Código civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁸²⁵ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 460. Agrega este autor que: “A efectos de la resolución es clave, hoy en día, la distinción entre incumplimientos esenciales y no esenciales. Esta distinción tiene en cuenta los intereses del acreedor, él, si a éste, el contrato incumplido todavía le puede o no satisfacer (todas las afirmaciones las hacemos bajo parámetros objetivos”. *Ídem*.

⁸²⁶ Cfr.: *Ibidem*, pág. 461.

importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”, (“Importancia del incumplimiento.– El contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, tenido en cuenta el interés de la otra”).⁸²⁷

En síntesis, la doctrina moderna ha tendido a reemplazar la noción de gravedad por el concepto de esencialidad⁸²⁸ y se dice que el incumplimiento es esencial cuando frustra la finalidad del negocio jurídico o no se cumplen las legítimas expectativas o intereses del acreedor o cuando se produce la quiebra de la finalidad económica,⁸²⁹ y ello, se puede verificar en tres supuestos: (i) cuando la autonomía de la voluntad lo ha establecido así en el negocio, es decir, los contratantes han elevado a la categoría de esencial cierto incumplimiento; (ii) cuando el incumplimiento haya afectado o lesionado sustancialmente los intereses del acreedor, siempre que ese resultado haya sido previsible para el deudor al tiempo de contratar, y (iii) cuando el acreedor perdió la confianza en su contraparte, en el sentido de que éste cumplirá con sus obligaciones.⁸³⁰ En este sentido, se debe señalar que RODRÍGUEZ–ROSADO habla de incumplimiento grave o esencial que justifique el remedio de la resolución contractual.⁸³¹

En España, cierta jurisprudencia, ha postulado que la gravedad del incumplimiento ha de determinarse conforme a los principios de equidad natural y buena fe. (STS de 28 de febrero de 1986, RJ/1986/862).⁸³²

⁸²⁷ BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fondi del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1660.

⁸²⁸ Antes la jurisprudencia y doctrina hablaban de incumplimiento “verdadero” y “propio”. Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 86–87.

⁸²⁹ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., pág. 8219.

⁸³⁰ Cfr.: VIDAL OLIVARES, “La noción de incumplimiento esencial en el Código civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁸³¹ Cfr.: RODRÍGUEZ–ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 169.

⁸³² Cfr.: CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1233. Con relación a esta materia, COSTANZA señala lo siguiente: “*In tempi più recenti è prevalsa l'idea che la valutazione della gravità dell'inadempimento debba essere*

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN ha planteado que los criterios más adecuados para determinar la esencialidad del incumplimiento son: (i) la importancia para la economía de las partes; (ii) la falta de la finalidad perseguida; (iii) la quiebra de la finalidad económica; (iv) la frustración de las expectativas de las partes⁸³³ y (v) debe tener una entidad suficiente para producir la insatisfacción económica.⁸³⁴

En este sentido, la jurisprudencia (STS de 4 de enero de 2007), ha dicho que: “Hay que partir, al efecto, de que no todo incumplimiento (en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido) es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática (sentencias 25 de febrero de 1978, 7 de marzo de 1983 y 22 de marzo de 1985, entre otras muchas). Por ello se habla como una categoría específica de los incumplimientos resolutorios”.⁸³⁵

Además, se debe determinar dicha gravedad, utilizando un criterio objetivo, es decir, atendiendo al valor económico del mismo, prescindiendo de la voluntad e intereses de los contratantes (criterio subjetivo).⁸³⁶ En este sentido, se pronuncia DE LA

eseguita in base a criteri oggettivi (Cass. 2936/58; App. Cgliari 16.7.61; RFI, 1961, Obbl. Cont., 299) e, più precisamente, considerando il peso che la mancata esecuzione della prestazione ha sull'equilibrio contrattuale, definitivo attraverso il canone di buona fede [...]”. COSTANZA, Artt. 1453– 1462, Op. Cit., pág. 837.

⁸³³ Al respecto, *vid.*: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, Op. Cit., pág. 2995.

⁸³⁴ *Cfr.*: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 858.

⁸³⁵ STS de 19 de mayo de 2008. *Cfr.*: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, Op. Cit., pág. 2997. *Vid.* también: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Los incumplimientos resolutorios*, Op. Cit., págs. 37 y ss.

⁸³⁶ *Cfr.*: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 184. En este mismo sentido, VIDAL OLIVARES señala que: “La última hipótesis envuelve dos casos, el de los incumplimientos dolosos o con fraude del deudor; y aquel en que el acreedor afectado por el incumplimiento otorga al deudor un plazo adicional, de duración razonable, para que cumpla o bien corrija su prestación defectuosa y el deudor, o no cumple dentro del plazo o lisamente declara que no cumplirá. El criterio es subjetivo e implica valorar la conducta del deudor, sea al momento del incumplimiento (dolo o fraude) o con posterioridad a él (plazo adicional). Aquí, la resolución prescinde del efecto o impacto que produce en la finalidad del acreedor y se perfila como un reforzamiento de la protección de su interés por haber perdido la legítima confianza de obtener la prestación de su deudor”.

HAZA DÍAZ, para quien, en la actualidad, la mayoría de la doctrina atiende a criterios objetivos, para determinar la cualificación del incumplimiento. Aunque, en honor a la verdad, hay que decir que el Tribunal Supremo ha mantenido la exigencia de un criterio subjetivo.⁸³⁷

La importancia de tender a una cualificación objetiva del incumplimiento, radica en que la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, podría perfectamente incluirse como presupuesto de la acción resolutoria.⁸³⁸ Aunque estimo que, si la resolución ha de tener un carácter sancionatorio o de reparación, entonces la cualificación debe tener un carácter subjetivo, por lo tanto, el caso fortuito o fuerza mayor no ha de ser tenido en cuenta para declarar la resolución de las obligaciones emergentes de un negocio sinalagmático.⁸³⁹

Sin embargo, la jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme en este sentido, toda vez que algunas sentencias han aceptado el incumplimiento parcial y el cumplimiento defectuoso, como presupuestos válidos para solicitar la resolución de la obligación.⁸⁴⁰ Se ha dicho que: “[...] Sin embargo, la jurisprudencia nos tiene

VIDAL OLIVARES, “La noción de incumplimiento esencial en el Código civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Op. Cit., en <www.scielo.cl>.

⁸³⁷ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. XXIII. Vid. también: Cfr.: FENOY PICÓN, “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores”, Op. Cit., págs. 170–171.

⁸³⁸ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. XXII–XXIII.

⁸³⁹ En este sentido, DE LA HAZA DÍAZ señala que: “[...] Pero también es posible que la prestación se cumpla tardía o defectuosamente o no se cumpla en absoluto, sin que para nada hayan intervenido la conducta o la voluntad del deudor, en cuyo caso el perjuicio que se le haya causado al acreedor no será imputable a ningún patrimonio; en estos supuestos, podría hablarse de incumplimiento objetivo”. *Ibidem*, pág. 2.

⁸⁴⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 39. Agrega este mismo autor que: “Ahora bien, no todo cumplimiento parcial o defectuoso provoca la resolución; doctrina y jurisprudencia vienen exigiendo que el incumplimiento, aun parcial, sea suficiente para determinar la insatisfacción del acreedor o de tal entidad que frustre sus legítimas expectativas. En este sentido, debe atenderse especialmente a la buena fe de las partes, así como a la

acostumbrados a la procedencia de la resolución en determinados supuestos de incumplimiento parcial (especialmente significativo), cumplimiento defectuoso (entrega de *aliud pro alio*) y de prolongado retraso en el cumplimiento; por otra parte, cada vez con menos ambages, el Tribunal Supremo viene prescindiendo de la imputabilidad del incumplimiento,⁸⁴¹ la que será sin duda relevante a efectos de indemnización, pero no de resolución, pues ésta deriva de la mera frustración del fin del contrato”.⁸⁴² Por su parte, la STS de 24 de abril de 1951 dispuso que: “[...] la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria”.⁸⁴³

En este sentido, la STS de 19 de mayo de 2008, decreta que: “El recurso de la demandante Isleña Marítima de Contenedores, S. A. se compone de un único motivo. En él dicha litigante señala como infringido el artículo 1.124 del Código Civil (LEG 1889, 27), así como la jurisprudencia formada en relación con los requisitos y consecuencias de la resolución de los contratos, con el argumento de que se cumplían en el caso todas las condiciones precisas para sancionar tal tipo de ineficacia sobrevenida y, en concreto, la naturaleza bilateral del vínculo obligatorio, la exigibilidad de las prestaciones recíprocas, el cumplimiento de la que había sido puesta a su cargo y la voluntad de la demandada contraria a hacer lo propio con la por ella debida. Como declaró la sentencia de 4 de enero de 2007 (RJ 2007, 1101) –con cita de las de 25 de febrero de 1978 (RJ 1978, 590), 7 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1426) y 22 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1196)– «no todo incumplimiento –en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido– es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática». Para que un incumplimiento

gravedad del incumplimiento parcial o defectuoso [...]”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 39–40.

⁸⁴¹ Al respecto, *vid.*: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8223–8225.

⁸⁴² PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 130.

⁸⁴³ *Cfr.*: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil*.

tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)–. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo – sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576)–. Y, finalmente, aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor –sentencia de 5 de abril de 2006–. Por otro lado, es necesario que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación incumplidora, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante –sentencias de 21 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8146) y 7 de junio de 1995 (RJ 1995, 4632)–”.⁸⁴⁴

Por último, es necesario repetir que la jurisprudencia ha atendido al principio de la buena fe, a fin de establecer cuando un incumplimiento parcial puede fundamentar la resolución de la obligación.⁸⁴⁵

Para que se tenga por cualificado el incumplimiento contractual en un negocio bilateral, se ha pretendido exigir la insatisfacción en los intereses del acreedor o la frustración de los fines del negocio, de tal manera que la omisión total de la prestación, el cumplimiento defectuoso de la misma⁸⁴⁶ o el incumplimiento parcial puede dar lugar

Doctrina y jurisprudencia, Op. Cit., págs. 170–171.

⁸⁴⁴ STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/308).

⁸⁴⁵ Cfr.: La STS de 12 de julio de 2011, (RJ/2011/7372). Vid.: RUBIO TORRANO, “Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesorio”, 2011, Op. Cit., pág. 3.

⁸⁴⁶ En este sentido, la doctrina ha postulado que cuando existe un incumplimiento defectuoso, el deudor no satisface con su prestación los intereses del acreedor, generándole a éste un perjuicio. Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág.

a la acción resolutoria, siempre que, además éste sea imputable al contratante incumplidor.⁸⁴⁷ Es decir, en este caso, estimo que no todo incumplimiento grave puede dar lugar a la resolución de la obligación, sólo tendrá ese carácter el incumplimiento imputable. Opinión contraria presenta DE LA HAZA DÍAZ.⁸⁴⁸

Siguiendo con el análisis de DE LA HAZA DÍAZ y, tomando en cuenta lo que ha dicho la jurisprudencia (STS de 30 de abril de 1994), podemos indicar que se requieren dos elementos para tipificar de cualificado el incumplimiento: (i) que el demandado haya incumplido de forma grave las obligaciones que contrajo y, (ii) que tal incumplimiento obedezca a la actitud obstativa del deudor incumplidor que, de manera indubitada la origine.⁸⁴⁹ En este sentido, para ÁLVAREZ CAPEOCHIPI, el establecimiento del carácter de esencial del incumplimiento, no puede ser determinado sobre la base de reglas limitadas, sino que debe responder al análisis de la finalidad del negocio, de las motivaciones que tengan los contratantes y del grado de culpa que haya tenido el contratante incumplidor.⁸⁵⁰

Por su parte, la STS de 20 de abril de 1994, exige que la existencia de un hecho obstativo que de manera absoluta y definitiva impida el cumplimiento de la obligación. Es decir, insisto en que el incumplimiento ha de tener una dosis de subjetividad aportada por la actitud negligente o dolosa del contratante incumplidor, pues, la doctrina concluye que tres son los elementos: (i) que exista una relación contractual vigente, de la que hayan surgido obligaciones sinalagmáticas entre las partes y que éstas sean

39.

⁸⁴⁷ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 3.

⁸⁴⁸ Cfr.: *Ídem*.

⁸⁴⁹ Así lo señala la STS de 30 de abril de 1994. Cfr.: ÁLVAREZ CAPEOCHIPI, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., pág. 98; DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 4.

⁸⁵⁰ Cfr.: ÁLVAREZ CAPEOCHIPI, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., pág. 97.

actualmente exigibles; (ii) que se haya producido un incumplimiento grave de alguna de estas obligaciones;⁸⁵¹ (iii) que dicha infracción de la obligación obedezca a una voluntad obstativa del contratante incumplidor, que de modo absoluto y directo lo produzca; (iv) que exista un hecho que obste el cumplimiento de la obligación y (v) que la prestación no cumpla con el fin tenido en cuenta por los contratantes al momento de celebrar el negocio.⁸⁵²

Estimo, sin embargo, por razones de orden y sistematización, que el tercer elemento que, según la jurisprudencia, debe reunir el incumplimiento, merece el estatus de requisito autónomo, pues no sólo escapa de la esfera objetiva del mismo, sino que pienso que tratarlo en este punto, ha contribuido a variadas interpretaciones que, en definitiva, confunden a la labor jurisprudencial. Con todo, por no existir un texto legal claro en esta materia, es la misma jurisprudencia la llamada a esclarecer estas cuestiones. En efecto, la jurisprudencia tiene la misión de delimitar el verdadero alcance de la norma contenida en el artículo 1124 del Código Civil, pues, una interpretación exegética de esta norma, significaría que cualquier incumplimiento daría lugar a la resolución de la obligación. De aplicar esta interpretación de la norma, como se dijo, podrían producirse situaciones claramente contrarias a la equidad natural, pues, bastaría un incumplimiento mínimo para que el juez diera lugar a la resolución de la obligación.

Por otra parte, hay que señalar que aquél que alega la existencia de un incumplimiento, deberá probarlo. Así, las obligaciones que no se hayan pactado expresamente por las partes, sólo se entenderán incumplidas en el evento que deriven de otras obligaciones que supongan la existencia de aquella o, que de los hechos se

⁸⁵¹ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO expresa lo siguiente: “La gravedad del incumplimiento resolutorio parece, entonces, el presupuesto primordial [...]”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8219.

⁸⁵² Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. 4–5.

concluya razonablemente y sin margen de duda, la existencia de un incumplimiento de dicha obligación.⁸⁵³

Por último, y aunque el tema será analizado más adelante, debemos señalar que, en el Proceso de Unificación Europea en materia de responsabilidad contractual, se ha tendido a plantear que existe incumplimiento, ante cualquiera desviación de las exigencias contractuales, sea durante la vigencia del vínculo o en la etapa de cumplimiento del mismo. Se atiende a cuestiones objetivas para determinar la existencia del mismo, prescindiendo de la conducta del deudor, de tal manera que, existe incumplimiento cuando no se haya realizado la conducta que el vínculo le impone al deudor. Con esto, se trata de evitar la dispersión legislativa que, en esta materia, rige en Europa, pues, cada ordenamiento jurídico propone soluciones diversas.⁸⁵⁴ En este sentido, merecen ser citados los “*Principles of European Contract Law*” (PECL).⁸⁵⁵

Estoy en condiciones de adelantar que, el nuevo modelo de responsabilidad contractual se base en el sistema de los remedios.⁸⁵⁶ Al respecto, señala MORALES MORENO, que tales remedios son: “[...] la pretensión de cumplimiento, la suspensión del cumplimiento de la propia obligación (*exceptio non adimpleti contractus*), la resolución, la reducción del precio (contraprestación) y la indemnización de daños”.⁸⁵⁷

⁸⁵³ Cfr.: SANTOS BRIZ, “Comentarios”, Op. Cit., pág. 216.

⁸⁵⁴ Cfr.: MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Op. Cit., págs. 29–30.

⁸⁵⁵ Vid.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; ROCA, E. y MORALES, A. M.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 17–72.

⁸⁵⁶ Cfr.: MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Op. Cit., pág. 30.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, págs. 30–31.

2.1.2.– EL INCUMPLIMIENTO DEBE SER IMPUTABLE A ESTE CONTRATANTE.⁸⁵⁸

Una obligación no se cumple porque ha existido: (a) caso fortuito o fuerza mayor; (b) culpa o (c) dolo. El incumplimiento es imputable al deudor, cuando de parte de éste ha habido una conducta culpable o dolosa, mas no se puede formular juicio de reproche al obligado, cuando su incumplimiento se debe a un imprevisto a que no es posible resistir (caso fortuito o fuerza mayor).⁸⁵⁹ En este sentido, se ha dicho que no cualquier incumplimiento ha de servir de base a la acción resolutoria, pues, el incumplimiento debe reunir a lo menos dos caracteres: ser imputable al contratante incumplidor y reunir la característica de la gravedad.⁸⁶⁰ Lo anterior, para evitar que un mero retraso en el cumplimiento de la obligación pueda dar lugar a la resolución.⁸⁶¹ Asimismo, se trata de descartar que el caso fortuito o fuerza mayor sirva de fundamento a la resolución.⁸⁶² Es claro que la objetivización de la acción resolutoria, proviene de la influencia anglosajona, pues en el sistema anglosajón, no es necesario que el incumplimiento contractual sea “imputable” al deudor, para que proceda la resolución.

⁸⁵⁸ La doctrina moderna ha señalado que la imputabilidad del incumplimiento al deudor, constituye, a lo menos, un elemento necesario para la pretensión de indemnización de daños y perjuicios que acompaña a la acción resolutoria. Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., pág. 8222.

⁸⁵⁹ En este sentido, ya lo decían COLIN y CAPITANT: “Para que pueda ser ejercida la acción resolutoria se deberá exigir –la lógica lo impone y el art. 325 del Código civil alemán lo dice en términos expresos– que el incumplimiento sea debido a la culpa del deudor. Pero ya hemos visto cómo en este punto la jurisprudencia francesa se aparta de nuestro modo de ver, puesto que extiende el dominio del art. 1.184 a la hipótesis del incumplimiento total procedente de un caso fortuito o de fuerza mayor”. COLIN y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 742.

⁸⁶⁰ Vid.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Los incumplimientos resolutorios*, Op. Cit., págs. 55 y ss.

⁸⁶¹ En este sentido, vid.: la STS de 27 de noviembre de 1992, (RJ/1992/9447), la que no considera grave el retraso, por cuanto no impidió el fin normal del negocio, ni tampoco frustró las expectativas de la parte compradora; y, la STS de 18 de noviembre de 1993, (RJ/1993/9148), que desestima la resolución fundada en el mero retraso en el cumplimiento de la obligación, pues, no se pudo cobrar el último plazo de la compraventa, porque el vendedor había cambiado de domicilio. Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8220–8221; PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1912.

⁸⁶² Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 31.

Ello se opone a la tradición del Derecho continental y, en mi opinión, a las nociones de equidad natural. De aceptarse esta opinión, significaría que todas las obligaciones serían de resultado, lo que supondría la abolición práctica de las obligaciones de medio, e innumerables problemas jurídicos que se derivarían de esta circunstancia.⁸⁶³

La doctrina clásica ha planteado que, frente al caso fortuito o fuerza mayor, no se dan los requisitos de la acción resolutoria. Sin embargo, algunos autores, en la actualidad, postulan que la imposibilidad sobrevenida, es causa suficiente que fundamenta la resolución. En este sentido, es interesante recordar la STS de 14 de diciembre de 1998, que establece una opinión mixta o ecléctica, con la que igualmente no estamos de acuerdo, ya que decretó que frente al caso fortuito o fuerza mayor, tiene lugar la resolución, pero sin dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios.⁸⁶⁴

Alego en favor de la imputabilidad como justa causa de resolución, por cuanto, en mi opinión, el Derecho debe distinguir entre el comportamiento culpable o doloso, por una parte, y el meramente fortuito, por la otra. No es posible que se le atribuyan las mismas consecuencias al contratante inocente, que al culpable. Dicha inocencia justifica que el deudor quede liberado de sus obligaciones. Es muy importante que se den claramente los elementos que conforman el caso fortuito o fuerza mayor. La jurisprudencia ha reconocido este presupuesto de manera reiterada. Así, se exige como requisito de la acción resolutoria, una actitud del deudor más o menos culposa o dolosa contraria al normal desarrollo del proyecto y ejecución contractual. [STS de 27 de mayo de 1980, (RJ/1980/1969)].⁸⁶⁵ Asimismo, la jurisprudencia⁸⁶⁶ también ha dicho que para

⁸⁶³ *Cfr.*: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Op. Cit.*, págs. 687–688.

⁸⁶⁴ *Cfr.*: MÉNDEZ y VILALTA, “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, *Op. Cit.*, pág. 13.

⁸⁶⁵ *Cfr.*: CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, *Op. Cit.*, pág. 1234.

⁸⁶⁶ En este sentido, la STS de 13 de marzo de 1930 decreta que: “La acción resolutoria implícita en las

que exista resolución, es preciso que exista una omisión del contratante incumplidor que supone una pasividad o dejación frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte, lo que denota –según mi opinión– una actitud culpable de parte del contratante negligente.⁸⁶⁷ En este sentido, se ha pretendido establecer lo que se denomina factores etiológicos subjetivos. Así, la resolución será imputable al contratante incumplidor, sólo cuando se rebele en éste una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o bien, un hecho obstativo que, de manera definitiva y absoluta, impida el cumplimiento.⁸⁶⁸ Dentro de estos supuestos, se han comprendido la culpa o negligencia y el dolo o malicia del contratante incumplidor, siempre que, de ellos surja el hecho obstativo que impida el cumplimiento, es decir, se exige una relación de causalidad entre este elemento subjetivo (culpa o dolo) y el resultado (hecho que impide el cumplimiento de la obligación).⁸⁶⁹

Por lo anterior, MONTÉS PENADÉS,⁸⁷⁰ tratando de sistematizar los requisitos del incumplimiento, señala que éste debe reunir a su vez tres elementos: (i) el primero, y como es obvio, debe existir una omisión de la prestación o, una ejecución de la misma en términos distintos a los previstos por las partes; (ii) el crédito del acreedor producto del incumplimiento, se ve lesionado, es decir, el acreedor no satisface los intereses previstos por él, al momento de celebrar el contrato y, (iii) un juicio de reproche en la conducta del contratante incumplidor, toda vez que éste ha actuado con culpa o dolo.⁸⁷¹

obligaciones recíprocas que ejercitó el recurrente amparándose en el artículo 1.124 necesita, para que prospere, según jurisprudencia de esta Sala la justificación de que el incumplimiento de las obligaciones del deudor se debe a causas imputables al mismo [...]”. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 167.

⁸⁶⁷ Cfr.: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1093.

⁸⁶⁸ Al respecto *vid.*: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., pág. 195.

⁸⁶⁹ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 31.

⁸⁷⁰ Cfr.: *Ibidem*, pág. 32.

⁸⁷¹ *Vid. supra*, nota nº 865, pág. 254.

La jurisprudencia, en un principio, exigía la existencia de la voluntad deliberadamente rebelde del incumplidor,⁸⁷² para proceder a declarar la resolución de la obligación.⁸⁷³ Luego, la jurisprudencia posterior, introdujo matices en torno a este requisito, en el sentido que se presumía esta voluntad⁸⁷⁴ cuando se frustraba el fin del contrato, de tal manera que ya no se exigía una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento;⁸⁷⁵ algunas sentencias exigen que basta con que el incumplimiento sea grave; otras exigen incluso un incumplimiento parcial o relativo, siempre que frustre el

⁸⁷² En este sentido, MORENO GIL señala que: “Los desfases o retrasos en las liquidaciones de cuentas imputables al señor ... no cabe conceptuarlas cual el supuesto de «incumplimiento negligente» de que habla la estipulación segunda, apartado e), lo que, a su vez, origina esta otra conclusión: la imposibilidad de apreciar en el citado contratante la «voluntad deliberadamente rebelde» y el «incumplimiento trascendente a la economía de los contratantes» que la doctrina de la Sala destaca como uno de los varios factores determinantes de la correcta aplicación del artículo 1.124 del Código Civil”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1094. Asimismo, se hablaba de una “voluntad deliberadamente rebelde” en la STS de 30 de junio de 1988: “[...] Olvida, o no tiene en cuenta el recurrente, que al plantear la cuestión debatida, el Juzgador señala que, tratándose del ejercicio de la acción resolutoria a la que hacen referencia los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil requiere según doctrina de esta Sala, por una parte, y en ello pone todo el énfasis de la cuestión, el que exista en los demandados compradores una «voluntad deliberadamente rebelde que constituya un proceder derecho y auténticamente contrario al fin del contrato», y por lado del vendedor, de existir cierto incumplimiento, que no haya sido provocado por el acreedor con su actuación propia”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 1095.

⁸⁷³ Cfr.: *Ibidem*, pág. 1092.

⁸⁷⁴ En este sentido, se señala que: “La voluntad obstativa al cumplimiento del contrato es norma común a toda clase de declaraciones resolutorias”. [Comentario a la STS de 18 de diciembre de 1991]. Cfr.: *Ibidem* *Ibidem*, pág. 1088. Se agrega que: “Para que proceda la resolución contractual ha de haber una decidida voluntad obstativa por parte del acusado de incumplimiento, de forma que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas aspiraciones de la parte”. *Ibidem*, pág. 1094.

⁸⁷⁵ Asimismo, MORENO GIL, en un comentario a la STS de 5 de junio de 1989, reproduce parte de la misma: “Ha de ser estimado el motivo segundo, que ... acusa infracción de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, «porque se ha producido de modo evidente un incumplimiento de obligación en contrato bilateral de compraventa por la parte compradora con voluntad deliberada de importancia trascendental y que no ha sido subsanado pese a la existencia de un requerimiento expreso de resolución, constando por el contrario el pleno cumplimiento de la contraparte». Efectivamente, de los hechos probados que se relacionan en el fundamento de Derecho segundo de los que anteceden resulta, por declaración de ambas sentencias de instancia, que los recurrentes cumplieron la prestación a que se obligaron, que no cumplió la suya la entidad recurrida, y que, no obstante, aquéllos son condenados en la sentencia impugnada. Aparece evidente que la recurrida «U.» dejó de transcurrir unos dos años sin iniciar o realizar actividades notables en la construcción a que se obligó. La Sala *a quo* considera que esta conducta no significa una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación por encontrarla justificada. Mas es de poner de relieve que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento [...]”. *Ibidem*, pág. 1093.

fin del contrato.⁸⁷⁶ Este cambio jurisprudencial, está conforme con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ésta, en su artículo 25 tipifica como esencial el incumplimiento de un contrato, en cuya virtud el comprador podrá solicitar la resolución de la compraventa. Por su parte, el artículo 49 de este cuerpo normativo, dispone que: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado en igual situación”.⁸⁷⁷ Aun cuando la jurisprudencia moderna suprimió el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde,⁸⁷⁸ algunos autores mantienen su opinión en cuanto a que por razones de equidad, los jueces deberán buscar el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones, de ahí que este requisito supone, en definitiva, la ausencia de reciprocidad y equivalencia entre las prestaciones sinalagmáticas o la existencia de un ejercicio abusivo del derecho que tiene el acreedor.⁸⁷⁹ En este sentido, cierta parte de la doctrina, sobre la base de la jurisprudencia, ha llegado a decir que la voluntad deliberadamente rebelde del contratante incumplidor no constituye un elemento necesario para que prospere la acción resolutoria. Nunca llegó a ser éste, un elemento o presupuesto autónomo o independiente, sino que, por el contrario, su rol ha sido referirse, en forma negativa

⁸⁷⁶ En este sentido, se dice que: “[...] la moderna jurisprudencia abandona las palabras de «voluntad deliberadamente rebelde» por entenderlas demasiado rigurosas y sólo comprensivas del impago doloso y, en su lugar, habla de incumplimiento pertinaz que frustre el fin específico del contrato”. [Se refiere a la STS de 19 de diciembre de 1991]. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1087.

⁸⁷⁷ Cfr.: DE BUSTOS GÓMEZ-RICO; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO, *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 17ª Edición, Op. Cit., pág. 804.

⁸⁷⁸ En este sentido, se ha dicho que: “No puede exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», pues sería tanto como exigir dolo”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1086.

⁸⁷⁹ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 91–97. Vid. también: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., págs. 125–126.

(falta de voluntad deliberadamente rebelde), o en forma positiva, (se requiere de una voluntad rebelde), a los otros presupuestos de la acción resolutoria. La jurisprudencia moderna, ha supuesto un cambio terminológico en cuanto a este elemento, pues, se ha pretendido evitar la identificación del requisito en comento con la noción de dolo por parte del contratante incumplidor. Lo anterior, se ha producido por la irrupción de dos tendencias jurisprudenciales: (i) Una tesis moderada, conforme a la cual el concepto de voluntad rebelde ha sido reemplazado por ciertas nociones más suaves, como *v. gr.*, voluntad de incumplir; (ii) Una tendencia radical, según la cual, se ha de prescindir de toda noción subjetivista, (referida a los sujetos de derecho que intervienen en la relación jurídica).⁸⁸⁰ En contra de la opinión anterior, se ha pronunciado DELL'AQUILA, quien, sobre la base de la jurisprudencia, señala que uno de los requisitos de la resolución por incumplimiento, consiste en la existencia de una voluntad deliberadamente o manifiestamente rebelde de parte del contratante incumplidor, o bien, la existencia de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo o irreformable impida el cumplimiento de la obligación.⁸⁸¹ Con todo y, a mayor abundamiento, el TS ha exigido reiteradamente que la conducta del contratante incumplidor, debe ser imputable a él, para que el juez proceda a declarar la resolución de la obligación. Por lo tanto, se deja fuera del alcance del artículo 1124 del Código Civil, a los casos en que el incumplimiento contractual obedece a una imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación.⁸⁸²

Frente a lo dicho precedentemente, estimo que más que ubicar el juicio de reproche dentro del requisito del incumplimiento, se debe analizar como presupuesto independiente, pues, mientras el primero se ubica en el plano de la objetividad, el

⁸⁸⁰ Cfr.: JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 162–164.

⁸⁸¹ Cfr.: DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 171.

⁸⁸² Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 91–97. Vid. también: PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", T. I, vol. II, Op. Cit., pág. 97.

segundo responde a criterios subjetivos. Por ello, considero que la ambigüedad e indefinición que ha mostrado el trabajo jurisprudencial, obedece precisamente a esta falta de claridad, al momento de establecer los requisitos necesarios para declarar la resolución de la obligación. En este punto, la doctrina moderna ha planteado que la intencionalidad se mantiene como requisito de procedencia de la acción resolutoria, aunque con un nuevo enfoque. Sobre la base de lo fallado por el TS y, tomando en cuenta los Principios *UNIDROIT*, los Principios de Derecho Contractual Europeo (*PECL*) y el Marco Común de Referencia (*DCFR*), se identifica con el incumplimiento esencial o fundamental.⁸⁸³

Aun cuando he esbozado algunas notas marginales en torno a este elemento, a propósito del primer requisito analizado (incumplimiento de la obligación), creo que es más propio tratarlo como elemento autónomo, por ello lo he incluido y trato como requisito independiente, pues, el problema que se atisba, de seguir estos planteamientos, es que la imposibilidad sobrevenida fortuita quedaría fuera de este marco.⁸⁸⁴

Siguiendo con el análisis de este presupuesto, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “La prestación debida puede, de forma voluntaria, ser realizada exactamente por el obligado; pero también puede éste incumplir totalmente, o, aun cumpliendo, no realizar aquella exactamente como debía. [...] Si no hay cumplimiento voluntario exacto, la ley adopta diversas medidas, según de qué causas proceda. Tales causas se catalogan en dos grupos, a tenor de que consistan o no en hechos de los que sea responsable el deudor. En este caso, el acreedor debe soportar el incumplimiento –si el cumplimiento se ha hecho definitivamente imposible (pues, entonces, realmente la obligación se extingue, por lo que no hay ya deber de cumplir)– o el cumplimiento inexacto,⁸⁸⁵ en aquél, la ley

⁸⁸³ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., pág. 8223.

⁸⁸⁴ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 32.

⁸⁸⁵ En este sentido, ARNAU MOYA señala que existen dos clases o tipos de incumplimiento: (a) el incumplimiento total o falta de cumplimiento, y (b) el incumplimiento defectuoso o inexacto. Cfr.:

procura que, en definitiva, su patrimonio quede como si hubiese habido cumplimiento exacto,⁸⁸⁶ concediéndole para ello la posibilidad de exigir: bien el llamado cumplimiento forzoso en forma específica (es decir, la realización de la misma prestación debida, cuando sea posible), y, en su defecto, la indemnización por los daños y perjuicios que la falta del mismo acarree; bien uno y otra, cuando, a pesar de posterior cumplimiento, resulte lesionado por la falta del cumplimiento oportuno y exacto (por ejemplo, por la demora)”.⁸⁸⁷ Así lo ha decretado la jurisprudencia, en la STS de 11 de octubre de 2006, (RJ/2006/6443). En este caso, el debate se centró en el supuesto incumplimiento por la demandada de sus obligaciones emergentes del contrato suscrito con fecha 10 de marzo de 1975 con la actora, en virtud del cual ésta enajenó mediante compraventa en pública subasta dos fincas, llamadas “La Costa” y “Llano de Sombrero y Tablero”, respectivamente, sitas en el término Municipal de Pájara, conforme al pliego de condiciones aprobado en sesión plenaria municipal de 23 de junio de 1973, (modificado por otro acuerdo plenario de fecha 8 de noviembre de 1973). El juzgado *a quo*, desechó la demanda de autos y la reconvención, y su sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial respectiva, que aceptó parcialmente la demanda y la declaración de resolución del contrato suscrito el 10 de marzo de 1975, con expresa condenación para la demandada, en el sentido de restituir el precio pagado de 127.000.050 pesetas, con los respectivos intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, incrementados en dos puntos a partir de la notificación de esta resolución, con la consiguiente recuperación por el Ayuntamiento de la propiedad de las fincas transmitidas.⁸⁸⁸ En definitiva, la STS de 11 de octubre de 2006 decreta que: “[...] No concurren en este caso los presupuestos exigidos por el artículo 1124, pues la propia

ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, curso 2008/2009, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Universitat Jaume, Castelló de la Plana, 2009, págs. 76–77.

⁸⁸⁶ OGAYAR Y AYLLÓN se refiere a la noción de «cumplimiento exacto de la deuda», *Cfr.*: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 76.

⁸⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., págs. 169–170.

resolución recurrida precisa que no hace imputación culposa a ninguna de las partes [...]”.⁸⁸⁹ En este mismo sentido, la STS de 19 de mayo de 2008, dispone que: “Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)–. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional⁸⁹⁰ y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo –sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576)–”.⁸⁹¹ En este caso, se debe tener en cuenta que el derecho de opción que otorga al acreedor el cumplimiento de la facultad resolutoria tácita.

Siguiendo con el análisis del segundo requisito, pienso que se requiere la existencia de una conducta dolosa o culpable de parte del deudor, pues, en caso de ejercitar cualquiera de las opciones (cumplimiento forzado o resolución de la obligación), el contratante diligente exigirá indemnización de perjuicios, y uno de sus requisitos es la imputabilidad del deudor (culpa o dolo), debiendo acreditar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios.⁸⁹² A pesar de ello, la jurisprudencia no lo incluye

⁸⁸⁸ Cfr.: STS de 11 de octubre de 2006, (RJ/2006/6443).

⁸⁸⁹ Cfr.: *Ídem*.

⁸⁹⁰ El subrayado es mío.

⁸⁹¹ STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/3091).

⁸⁹² En general, se ha dicho que cuando se demanda el cumplimiento forzado o la resolución de la obligación, más una indemnización por daños y perjuicios el actor debe proceder a probar la existencia y cuantía de estos daños y perjuicios. En este sentido, PUIG BRUTAU cita las sentencias de 10 de noviembre de 1927, 6 de mayo de 1944, 12 de junio de 1944 y 10 de marzo de 1950. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., pág. 134. Asimismo, MORENO GIL se refiere a la necesidad de probar los perjuicios, por quien alega su existencia, y esa constituye una cuestión de hecho. Se refiere este autor a la STS de 22 de junio de 1989. Cfr.: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1078. Por su parte, ALBÁCAR LÓPEZ, cita –en este sentido–, la STS de 5 de marzo de 1925. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 165. En este sentido, *vid.* también: FARRÉ ALEMÁN, J. M^a: *Código civil comentado y concordado*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2000, pág. 1068.

como requisito o presupuesto de ejercicio de la acción resolutoria de manera independiente. En efecto, son varias las sentencias que exigen como presupuestos de la acción resolutoria, los siguientes: (a) la bilateralidad de la relación jurídica; (b) que las obligaciones recíprocas sean actualmente exigibles; (c) que el contratante que exige la resolución haya cumplido con su obligación o esté dispuesto a hacerlo; (d) que exista un incumplimiento esencial por parte del otro contratante.⁸⁹³ En general, la jurisprudencia sobre este requisito se ha mostrado ambigua y desconcertante.⁸⁹⁴ En este punto, conviene señalar que la jurisprudencia, desde el año 1941 hasta la década de los 80, agregaba como requisito para solicitar la resolución de la obligación principal, la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.⁸⁹⁵ En este sentido,

⁸⁹³ En efecto, la STS de 19 de mayo de 2008, señala que: “[...] El recurso de la demandante Isleña Marítima de Contenedores, SA se compone de un único motivo. En él dicha litigante señala como infringido el artículo 1.124 del Código Civil (LEG 1889, 27), así como la jurisprudencia formada en relación con los requisitos y consecuencias de la resolución de los contratos, con el argumento de que se cumplían en el caso todas las condiciones precisas para sancionar tal tipo de ineficacia sobrevenida y, en concreto, la naturaleza bilateral del vínculo obligatorio, la exigibilidad de las prestaciones recíprocas, el cumplimiento de la que había sido puesta a su cargo y la voluntad de la demandada contraria a hacer lo propio con la por ella debida. Como declaró la sentencia de 4 de enero de 2007 (RJ 2007, 1101) –con cita de las de 25 de febrero de 1978 (RJ 1978, 590), 7 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1426) y 22 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1196) –«no todo incumplimiento –en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial, de lo ejecutado con lo debido– es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática». Para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial –sentencia de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)–. Condición de que se hace merecedor aquel que la tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica. También la tiene el que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo –sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8576)–. Y, finalmente, aquel que, con independencia de la entidad de la obligación incumplida, produzca la consecuencia de privar sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor –sentencia de 5 de abril de 2006–. Por otro lado, es necesario que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación incumplidora, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante –sentencias de 21 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8146) y 7 de junio de 1995 (RJ 1995, 4632)”. STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/3091). En este mismo sentido, SANTOS BRIZ, cita las STS de 23 de noviembre de 1964; 20 de septiembre de 1965, 1 de febrero de 1966, 14 de noviembre de 1968 y 13 de mayo de 1972, las que exigen los mismos presupuestos. Cfr.: SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 131.

⁸⁹⁴ Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 133.

⁸⁹⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR señala que: “La tendencia se inicia con la Sentencia de 5 de julio de 1941 (R.A. 899, § 1) y se mantiene prácticamente invariable hasta los años ochenta. El criterio imperante es, pues, puramente subjetivista: es necesario valorar judicialmente el

la doctrina ha señalado que el artículo 1124 del Código Civil, es claro, en orden a no exigir como presupuesto de ejercicio de la acción resolutoria, la culpa o dolo por parte del contratante incumplidor. Se debe concluir, entonces, que la misma procede incluso cuando el incumplimiento sea causa de una imposibilidad sobrevenida. Ello no se opondría, según la doctrina, a la jurisprudencia que estima que debe existir una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.⁸⁹⁶ La doctrina señala que la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento se refiere a que el deudor negligente debe tener plena conciencia con relación a su actuación: a su incumplimiento y a la forma en que éste lesiona los intereses del contratante diligente.⁸⁹⁷ Con todo, estimo que este requisito o presupuesto agregado por la jurisprudencia, perfectamente se puede subsumir en el requisito analizado en este punto, es decir, que el deudor negligente tenga una conducta imputable (porque incurrió en culpa o dolo)⁸⁹⁸ supone, necesariamente, que tiene plena conciencia de su actuación y del daño que ésta infiere a la persona y propiedad del contratante diligente. Aun cuando cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia, identifican a la voluntad deliberadamente rebelde con la existencia de dolo.⁸⁹⁹ En este sentido, se ha dicho que el comportamiento deliberadamente rebelde

comportamiento del demandado, es decir, entrar en el ánimo del deudor-incumplidor y determinar su intención en orden a un posterior cumplimiento, de manera que sólo cuando quede suficientemente demostrada su intención contraria al cumplimiento procede la resolución". FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 67.

⁸⁹⁶ Cfr.: PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, Op. Cit., pág. 28.

⁸⁹⁷ Cfr.: *Ídem*.

⁸⁹⁸ En este sentido se pronuncian: VILALTA NICUESA y MÉNDEZ TOMÁS. Cfr.: VILALTA NICUESA, A. E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M^a.: *La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa*. Comentario. En <www.bob.bosch.laley.es>.

⁸⁹⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL señala lo siguiente: "Que el incumplimiento sea deliberado parece indicar la plena conciencia del demandado respecto a su actuación contraria al cumplimiento y a los efectos perjudiciales de la misma para la parte acreedora. La rebeldía parece referirse a la persistente intención del deudor de mantenerse de forma voluntaria y consiente en esa actitud, es decir, intención de prolongar en el tiempo –y de manera indefinida– el incumplimiento. De lo anterior pudiera inferirse que, bajo el término «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», lo que en definitiva se está exigiendo es la concurrencia de dolo en el sujeto, no bastando por tanto para pedir la resolución cualquier incumplimiento imputable, sino sólo el que trajera su causa de una conducta engañosa, defraudatoria y dolosa del deudor". FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 67. En sentido contrario, se señala que: "Para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es a lo que apunta

del deudor, se refiere al comportamiento doloso y no solamente culposos.⁹⁰⁰

Sin embargo, insisto en que debe existir una conducta imputable al contratante negligente, sea por culpa o dolo del deudor incumplidor, para que el tribunal proceda a declarar la resolución de la obligación, pues, esta negligencia debe ser sancionada por el juez y, en ningún caso, asumida por el acreedor cumplidor. Pensar algo distinto de lo anterior, sería traicionar el deber de buena fe contractual. Además, supondría una negación del principio de equidad natural.⁹⁰¹ Se debe indicar que la doctrina presenta

la fresa «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustré el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso un tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias. (STS 5-6-1989; RJ 1989, 4298). En análogo sentido las SSTs 31-3-1992 (RJ 1992, 2312), 19-12-1991 (RJ 1991, 9404), 7-7-1988 (RJ 1988, 5581), 12-5-1988 (RJ 1988, 4087) y 13-11-1985 (RJ 1985, 5607)”. CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1232.

⁹⁰⁰ Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, 1998, Op. Cit., pág. 133.

⁹⁰¹ Con relación al supuesto requisito de la resolución que se denomina voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, la jurisprudencia presenta tres líneas bien marcadas en cuanto a la inteligencia de este presupuesto: “[...] a) La que sigue exigiendo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, y lo entiende en su sentido más estricto, esto es, como indagación de la voluntad del deudor, de su propósito o actitud a la hora de incumplir, y trasladando al actor la carga de probar no sólo el hecho objetivo del incumplimiento, sino también la firme y decidida indisposición del demandado al cumplimiento [SSTs de 30 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7487), 11 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7918). Esta línea es hoy la minoritaria. b) La que matiza la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento respecto de la formulación clásica; matización que se ha llevado a cabo de varias maneras: a’) La «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» se presume del hecho mismo del incumplimiento o por la frustración del fin del contrato [SSTs de 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921) y 22 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 307)]. b’) La expresión «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» no ha de interpretarse literalmente, lo que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento [SSTs de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6488) y 30 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9138)]. c’) Se exige una voluntad de incumplir, pero ésta no ha de consistir en una persistente y tenaz resistencia al cumplimiento de lo convenido [SSTs de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7615), 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8637), 8 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1346), 10 de junio de 1996 (RJ 1996, 4753) y 5 de abril de 2006 (RJ 2006, 1921)]. d’) Más que una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, se exige una actitud o voluntad obstativa al cumplimiento [31 de julio de 1995 (RJ 1995, 5923), 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8432), 23 de enero de 1996 (RJ 1996, 639), 16 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4348), 4 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7036)]. c) La línea jurisprudencial que prescinde del elemento volitivo y sigue una orientación básicamente objetiva, atendiendo para declarar la resolución a la frustración del fin del contrato [SSTs de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8290), 14 de febrero de 2007 (RJ 2007, 567) y 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4336)]”. CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Op. Cit., págs. 31-32.

diversas opiniones sobre este punto, pues, para algunos autores, el incumplimiento debe ser imputable al contratante incumplidor. Así, para BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE, TRAVIESAS, PUIG PEÑA, ROCA SASTRE y CASTÁN.⁹⁰² En cambio, otros autores señalan que no es necesario este requisito para proceder a declarar la resolución por incumplimiento.⁹⁰³ Dentro de estos últimos se pronuncia MORALES MORENO.⁹⁰⁴ La primera tesis se apoya en la noción de equidad, como justificante de la institución en comento y, además, en la tradición histórica.⁹⁰⁵

Para cierta parte de la doctrina, toda clase de incumplimiento debe dar lugar a la resolución de la obligación, porque se trate de caso fortuito, culpa o dolo del deudor, el acreedor no satisface sus intereses, habiendo cumplido cabal y oportunamente su deber. En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, para quien, si bien la culpa no es un requisito de la acción resolutoria, se puede traducir, en ciertos casos, en el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al contratante cumplidor.⁹⁰⁶ Asimismo, la STS de 2 de octubre de 1995, prescinde de la noción de voluntad deliberadamente rebelde, entendida como sinónimo de voluntad dolosa.⁹⁰⁷ Esta opinión

Cfr.: FARRÉ ALEMÁN, *Código civil comentado y concordado*, Op. Cit., págs. 1073–1074.

⁹⁰² Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 85.

⁹⁰³ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 45.

⁹⁰⁴ Cfr.: MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Op. Cit., págs. 32–33.

⁹⁰⁵ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 85.

⁹⁰⁶ Cfr.: ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, Op. Cit., págs. 99–101.

⁹⁰⁷ Esta STS de 2 de octubre de 1995, (RJ/1995/6978), dispone que: “La nueva jurisprudencia, ya consolidada, ha rechazado una interpretación del concepto voluntad deliberadamente rebelde rigorista e identificable con el impago doloso cuando en verdad es aconsejable resolver a instancia del vendedor los contratos en los que concurren el impago prolongado, duradero, injustificado o que frustre el fin del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor”. PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., págs. 1911–1912. Al respecto, *vid.* también: STS de 2 de abril de 1993, (RJ/1993/2989). Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1912.

ya era defendida en Francia por LAROMBIERE y CAPITANT.⁹⁰⁸

En cambio, otros autores plantean que sólo en el caso de que exista una conducta culpable del contratante incumplidor, podrá ser decretada la resolución de la obligación. El juez declarará la resolución del contrato en caso que exista dolo o malicia de parte del contratante incumplidor. Lo anterior, se demostraría por el tenor literal del artículo 1124 del Código Civil, el que, al parecer, exigiría una conducta negligente de parte del deudor incumplidor. Además, el derecho opcional le confiere al acreedor cumplidor el derecho a solicitar en ambos casos (cumplimiento forzado o resolución), una indemnización por daños y perjuicios, la que, no resulta compatible con la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, pues en este caso, no se le puede formular un juicio de reproche al contratante incumplidor, toda vez que el caso fortuito es un hecho imprevisible para él que no pudo ser resistido, y que lo convierte en un contratante inimputable.⁹⁰⁹

Tratando de sistematizar los argumentos que se han esgrimido a favor de esta tesis, podemos decir que se recurre a los siguientes postulados: (i) Si bien el artículo 1124 del Código Civil no se refiere expresamente al requisito de la imputabilidad, es porque este requisito se deduce de las normas generales: artículo 1105 del Código Civil, que dispone: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. (ii) Como se dijo, el artículo 1124 del Código Civil, concede al contratante cumplidor el derecho a solicitar una indemnización por daños y perjuicios. La indemnización de perjuicios requiere como presupuesto, una conducta culpable o dolosa de parte del deudor. (iii) El artículo 1124,

⁹⁰⁸ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 85.

⁹⁰⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 99–100.

apartado 3º del Código Civil, le concede la facultad al tribunal para fijarle un plazo de gracia al contratante incumplidor, a fin de que éste cumpla la obligación en los términos debidos, esto supone que, la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, no se considera fundamento para solicitar la resolución por incumplimiento.⁹¹⁰ La jurisprudencia ha acogido en forma reiterada esta opinión.⁹¹¹

En contra de esta opinión, se ha dicho que no cabe exigir culpa o dolo del contratante incumplidor, para proceder a decretar la resolución de la obligación,⁹¹² por cuanto: (i) El tenor literal del artículo 1124 del Código Civil no exige este requisito. (ii) Si bien la ley le concede al contratante diligente la facultad para solicitar una indemnización de perjuicios,⁹¹³ ello no supone que ésta operará como un derecho automático en su favor, es decir, el tribunal sólo condenará al contratante incumplidor a pagar una indemnización de perjuicios, cuando efectivamente existan y hayan sido probados los daños en el juicio. De tal manera que, cuando el incumplimiento obedezca a un incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, no cabrá solicitar una

⁹¹⁰ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 47.

⁹¹¹ En este sentido, se pronuncian las STS de 21 de mayo de 1948, STS de 26 de junio de 1952, STS de 5 de julio de 1941, STS de 9 de julio de 1941, STS de 28 de enero de 1944, STS de 5 de junio de 1944, STS de 12 de abril de 1945, STS de 9 de marzo de 1950, STS de 5 de julio de 1951, STS de 22 de octubre de 1951, STS de 5 de mayo de 1953, STS de 12 de mayo de 1955, STS de 18 de mayo de 1955, STS de 28 de febrero de 1958, STS de 4 de noviembre de 1958, STS de 2 de enero de 1961, STS de 28 de noviembre de 1961, STS de 23 de noviembre de 1964, STS de 1 de febrero de 1966, STS de 3 de marzo de 1967, STS de 30 de abril de 1969, STS de 11 de junio de 1969, STS de 13 de mayo de 1972, STS de 8 de febrero de 1975, STS de 4 de marzo de 1975, STS de 15 de diciembre de 1975, STS de 24 de noviembre de 1976, STS de 11 de marzo de 1977, STS de 7 de febrero de 1978, STS de 7 de febrero de 1978, STS de 11 de marzo de 1978, STS de 28 de febrero de 1980, STS de 11 de diciembre de 1980, STS de 30 de junio de 1981, STS de 1 de marzo de 1982, STS de 27 de marzo de 1982 y STS de 4 de mayo de 1982, entre muchas otras. Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 86–87.

⁹¹² En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO señala que: “La imputabilidad del incumplimiento al demandado se encuentra, al menos en la doctrina más reciente, rebajada en su importancia, sin perjuicio de constituir, en su caso, requisito necesario para la pretensión indemnizatoria que puede acompañar a la resolución”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8222.

⁹¹³ Con relación a la indemnización de daños y perjuicios, *vid.*: *Ibídem*, págs. 8256–8261.

indemnización de daños y perjuicios. (iii) Además, se dice que, de requerirse el elemento imputabilidad, ello supondría necesariamente que la acción resolutoria se funda en la teoría de la sanción, antes analizada, tesis que se encuentra abandonada.⁹¹⁴ En este sentido, se han pronunciado DIEZ-PICAZO y DELL' AQUILA.⁹¹⁵

La jurisprudencia también ha acogido esta tendencia,⁹¹⁶ a partir de la sentencia de 26 de enero de 1980, que comienza a exigir una voluntad obstativa al cumplimiento,⁹¹⁷ con lo cual, ya no se exige la existencia de dolo.⁹¹⁸

En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, señala que: “Así las cosas, parece claro que la imposibilidad fortuita de la prestación extingue, en todo caso, la obligación, sea unilateral o bilateral. En este último caso, o sea, cuando la obligación

⁹¹⁴ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. 47–48.

⁹¹⁵ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 87–88.

⁹¹⁶ En este sentido, se pronuncian las STS 24 de octubre de 1899, STS de 14 de febrero de 1912, STS de 29 de septiembre de 1912, STS de 13 de marzo de 1930, STS de 5 de enero de 1935, STS de 9 de julio de 1941, STS de 24 de octubre de 1941, STS de 5 de junio de 1944 y STS de 22 de enero de 1951. Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 86.

⁹¹⁷ En este sentido, *vid.*: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1087. Este mismo autor señala que: “Es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento. [...] si como tiene reiteradamente declarado esta Sala, de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 1–2–1966, 11–6–1969 y 4–10–1983, es presupuesto preciso para llegar a la sanción resolutoria contractual la realidad de una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho obstativo que impida el cumplimiento, claro es que esa situación no cabe apreciarla en las entidades demandadas, ni concretamente la nominada «V. BML, S. A.», que entregó la máquina en cuestión, desde el momento, como indica la sentencia recurrida, con aspecto vinculante en casación según viene dicho, que para obtener la indicada documentación, y en consecuencia para subsanar el error padecido con relación a ella, no prestaron colaboración los demandantes, ahora recurrentes, D.M. y D.J.S.D., cual era preciso, por lo que al incumplir éstos por su parte al respecto no tiene viabilidad su pretensión resolutoria contractual, conforme tiene declarado esta Sala [...]”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1088.

⁹¹⁸ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 71. En este sentido, se ha dicho que: “No puede exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», pues sería tanto como exigir dolo”. Cfr.: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1086.

sea bilateral y una de las partes quede liberada por incumplimiento inimputable, el problema radica en determinar qué ocurre con la otra obligación, es decir, si la extinción de una de las obligaciones determina también la de la contraparte o, por el contrario, ésta continúa, a pesar de la liberación de su deudor”.⁹¹⁹ A este respecto existen dos opiniones, la primera consiste en aplicar como regla general el artículo 1452, apartado 1º, del Código Civil (a propósito del contrato de compraventa), que dispone: “El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182”. Por su parte el artículo 1096, apartado 1º, del CC dispone que: “Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega”. Por último, el artículo 1182 del CC señala que: “Quedaría extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”.⁹²⁰ Del análisis de las normas anteriores, se puede concluir que cuando acaece un caso fortuito o fuerza mayor, el deudor queda, en principio, liberado de su obligación de especie o cuerpo cierto. Es decir, no obstante que hubiere satisfecho su interés, nada tendrá que entregar o indemnizar al otro contratante.⁹²¹

Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, se debe atender a cuestiones objetivas para fundar la resolución, es decir, basta con que exista un incumplimiento grave,⁹²² verdadero⁹²³ e inequívoco que frustre el fin del contrato y las legítimas

⁹¹⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 102.

⁹²⁰ Al respecto, *vid.*: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., págs. 338–339.

⁹²¹ *Cfr.*: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 102 y 103.

⁹²² El adjetivo “grave” es utilizado por las STS 23 de enero de 1996, (RJ/1996/639) y 8 de febrero de 1993, (RJ/1993/690).

⁹²³ *Cfr.*: STS de 10 de junio de 1996, (RJ/1996/4753); 15 de noviembre de 1994, (RJ/1994/8836); 29 de septiembre de 1994, (RJ/1994/7024); 26 de septiembre de 1994, (RJ/1994/7024); 2 de diciembre de 1993, (RJ/1993/9488); 25 de noviembre de 1992, (RJ/1992/9588) y 16 de junio de 1992, (RJ/1992/5141).

aspiraciones de la contraparte.⁹²⁴ Así, la jurisprudencia ha acogido el criterio puramente objetivo (STS de 31 de mayo de 2007, (RJ/2007/4336), STS de 14 de febrero de 2007, (RJ/2007/567) y STS de 11 de noviembre de 2003, (RJ/2003/8290)).⁹²⁵

Siguiendo con el análisis de este requisito (que el incumplimiento sea culpable o doloso), me corresponde analizar, someramente, la culpa contractual y el dolo.

2.1.2.1.– DE LA CULPA CONTRACTUAL.

2.1.2.1.1.– PRIMERA CONSIDERACIÓN.

En general, si bien no pretendo elaborar en esta obra, una dogmática acerca de la culpa contractual⁹²⁶ y del dolo, como requisito del derecho de opción, debo referirme,

⁹²⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL señala que: “Esta Sala tiene declarado –sentencia de 1–12–1989– que «si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial al interpretar el artículo 1.124 en orden a la resolución por incumplimiento de las obligaciones y contratos establece como regla general la necesidad de una voluntad deliberadamente rebelde, no lo es menos que con la mirada puesta en la realidad social, la equidad y la justicia (art. 3.º 1 y 2 del Código Civil) al objeto de evitar que una rigurosa aplicación de este criterio pudiera frustrar los legítimos derechos de los acreedores, el Tribunal Supremo ha venido elaborando una dogmática matizadora, social y jurídicamente lógica, cual es la de que dicha voluntad deliberadamente rebelde no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo en cuanto no aparece expresamente en la letra ni en el espíritu del artículo 1.124, sino que ha de ser cohonestada, cuando sea factible, con la posibilidad de que existan actos o conductas del deudor que permitan inducir el incumplimiento de la obligación [...]”. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 1090.

⁹²⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, M. E.: “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, *Código civil comentado*, vol. III, Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444), Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Directs.), Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés, José Miguel Rodríguez Tapia y Eduardo Vázquez de Castro (Coords.), Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2011, pág. 233.

⁹²⁶ Cfr.: MEDICUS, D.: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, edición española de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1995, pág. 59. Aunque para la culpa precontractual, que equivale a la culpa *in contrahendo*. Cfr.: RUIZ SERRAMALERA, R.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones II. Los contratos y los actos ilícitos*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Secc. de Publicaciones, Madrid, 1982, pág. 55.

aunque sea tangencialmente, a ellos.⁹²⁷ La doctrina ha señalado que el deudor debe actuar con prudencia, de tal manera que es responsable. Se dice que el elemento intencional, propio del dolo, no está presente en la culpa,⁹²⁸ sin que esté del todo ausente el elemento voluntario del agente.⁹²⁹ En general, se entiende por culpa la falta de la debida diligencia o cuidado en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho.⁹³⁰ El CC en su artículo 1104 dispone que: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.⁹³¹ La culpa⁹³² denota siempre la idea de un descuido⁹³³ o falta de

⁹²⁷ Al respecto, *vid.*: LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, págs. 164 y ss.

⁹²⁸ En este sentido, DE RUGGIERO señala que: “Cuando aquel elemento de la intención manifiesta que es característico del comportamiento doloso falta en el acto humano productor del daño en que esté ausente el elemento voluntario en el agente, se tiene la culpa; ésta presupone la voluntariedad del acto, del que derivan consecuencias dañosas e implica una imputabilidad en el agente por no haber sabido prever y evitar los efectos dañosos del acto”. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, vol. primero, Op. Cit., pág. 125.

⁹²⁹ *Cfr.*: *Ídem*.

⁹³⁰ Al respecto, *vid.*: COMPAGNUCCI DE CASO, R. H.: *Manual de obligaciones*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 129; CRISTÓBAL MONTÉS, Á.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1989, pág. 100; DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *De las obligaciones*, Op. Cit., pág. 142; ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 173.

⁹³¹ En este sentido, PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS señalan que: “El art. 1.104 CC, a diferencia de lo que sucede en Derecho comparado, donde los códigos dan por sabido el concepto, brinda –o impone, según se mire–, una determinada noción de culpa [...]”. PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1839. Al respecto, *vid.* también: O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, Ed. La Ley–Actualidad, Madrid, 2001, págs. 1081–1082.

⁹³² Para ALBALADEJO GARCÍA: “En sentido amplio hay culpa del deudor cuando el quebrantamiento de la obligación le es imputable (por ejemplo, no se cumple porque, conscientemente, no se quiere cumplir o porque negligentemente el deudor se encuentra sorprendido, de forma irreparable, por el vencimiento de una obligación que no recordaba)”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 175.

⁹³³ En este sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ, siguiendo a LARENZ, señala que: “Obra culposamente el que descuida la diligencia exigida en el tráfico”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, Quinta edición, corregida y puesta al día, Ediciones Jurídicas DIJUSA, S. L., Madrid, 2008, pág. 171.

preocupación de una persona.⁹³⁴ Este descuido puede incidir en el incumplimiento de una obligación que ya existía, o en la ejecución de un hecho determinado.⁹³⁵ Desde este punto de vista, ESPÍN CÁNOVAS define a la culpa o negligencia contractual como “[...] el incumplimiento de la obligación ocasionado por la falta de diligencia del deudor, pero sin intención deliberada de incumplir”.⁹³⁶

Por su parte, la STS de 20 de junio de 1994, señala que la culpa “[...] no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia”.⁹³⁷

⁹³⁴ En este sentido, DE LA PEZA MUÑOZ CANO señala que: “Este concepto [culpa], de significado muy amplio, consiste en la conducta de una persona que actúa imprudente o negligentemente, aunque sin la voluntad de dañar o de impedir el cumplimiento de la obligación”. DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *De las obligaciones*, Op. Cit., pág. 142.

⁹³⁵ En este sentido, la doctrina ha señalado que: “La negligencia, que se invoca en el art. 1.101 como segundo criterio de imputación, es renombrada en el art. 1.104 como culpa, a la vez que se intenta su definición y la precisión del grado o nivel cuya infracción será suficiente para imputar el incumplimiento del deudor. En la primera vertiente, el art. 1.104.I permite definir la culpa o negligencia del deudor como la omisión de la correspondiente diligencia. Así, el incumplimiento culposo quedará delimitado, en su límite superior, por la falta de voluntad de incumplir (pues demostrada ésta incidirá en dolo y no podría decirse que incumple de buena fe), y en el inferior, por la infracción del tipo y grado de diligencia que corresponda prestar (por debajo de este listón –culpa prestable– quedaría la negligencia u omisión del grado de diligencia que no es relevante en la obligación de que se trate, o sea, de la que no se responde: culpa no prestable, en terminología de Badosa, no culpa o caso fortuito, para la opinión común tradicional)”. PUIG I FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 2000, pág. 303.

⁹³⁶ ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Sexta edición revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de reforma del Código civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 199.

⁹³⁷ Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1840.

En materia de responsabilidad civil, hay que distinguir entre la responsabilidad contractual⁹³⁸ y extracontractual.⁹³⁹ No es del caso entrar al tratamiento pormenorizado de una y otra,⁹⁴⁰ y basta, para el análisis de este trabajo, considerar un concepto de culpa en general y la determinación de la misma en materia contractual.⁹⁴¹ En opinión de la doctrina, la culpa⁹⁴² se diferencia claramente del dolo,⁹⁴³ por cuanto, éste conlleva la

⁹³⁸ En Italia, TRIMARCHI señala que: “*In larghi settori della materia contrattuale la responsabilità è fondata sulla colpa. Ciò vale innanzi tutto per le obbligazioni che hanno per oggetto un fare, come risulta da una serie di disposizioni specifiche che la legge detta a propósito degli obblighi del mandatario, dell'appaltatore, del vettore (art. 1710, 1668, 1681 cod. Civ.) e, ancora, a propósito degli obblighi del lavatore subordinato e del professionista, dove lo stesso contenuto della prestazione dovuta è definito in base al criterio della diligenza (art. 2104, 1176, 2236 cod. Civ.). È chiaro che, nell'ambito di questo tipo di obblighi, il principio ha validità generale, anche fuori dalle ipotesi specificamente considerare dalla legge*”. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Op. Cit., pág. 347.

⁹³⁹ Al respecto, *vid.*: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 351 y ss.; SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., págs. 526–527.

⁹⁴⁰ En este sentido, PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS señalan que: “El concepto de culpa o negligencia que ofrece el art. 1.104 CC es indistintamente aplicable a los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual”. PASQUAU LIAÑO, M. (Direct.); ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (Coords.): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, T. II, arts. 609 a 1.314, Ed. Comares, S. L., Granada, 2009, pág. 1885.

⁹⁴¹ Además, desde el punto de vista del modo, la culpa se clasifica en culpa *faciendo*, cuando consiste en un acto positivo, cuando el agente ejecuta una conducta que no debía realizar, y culpa *in non faciendo*, cuando el agente incurre en una omisión, cuando estaba obligado por ley o convención a ejecutar un cierto comportamiento. *Cfr.*: DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, vol. primero, Op. Cit., pág. 125.

⁹⁴² En este sentido, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA señalan que: “A poco que se examine la doctrina sobre la culpa puede claramente observarse que, a grandes rasgos, se distingue una posición clásica, invariablemente apoyada o que utiliza como elemento indispensable la omisión de la diligencia exigible al agente, y una posición moderna, que caracteriza la culpa por notas distintas que esa falta de diligencia, y que llega a hablar de una «culpa social» o culpa sin culpabilidad. El sentido clásico de la culpa civil parte de identificarla con negligencia, concepto que se contrapone al de diligencia. Está basada en la culpabilidad, dominada por el criterio subjetivo. En definitiva, es una conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. No prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el incumplimiento de una obligación”. SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, T. 3, Op. Cit., pág. 405.

⁹⁴³ En este sentido, PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ señalan que: “A diferencia de cuanto se vio para el dolo, que en su interior no presenta niveles o grados y cuya responsabilidad no puede excluirse por pacto, la culpa, si bien ha de prestarse naturalmente también en toda clase de obligaciones (art. 1.103), puede ser modelada convencionalmente: la obligación puede expresar la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento (*vid.* art. 1.104.II), eligiendo entre el modelo del «padre de familia», el «profesional» o la diligencia «*quam in suis*», y aun precisando, dentro de aquellos dos, el grado (máximo, medio o mínimo) en el que ha de prestarse”. PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, 2000, Op. Cit., pág.

noción de la conciencia de perjudicar a otro;⁹⁴⁴ en cambio, en aquélla, no existe esta conciencia o conocimiento.⁹⁴⁵ ALBALADEJO GARCÍA señala que: “Hay culpa en sentido estricto cuando, sin intención deliberada de trasgredir la obligación, el deudor infringe ésta por falta de diligencia”.⁹⁴⁶

La culpa está integrada por dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo.⁹⁴⁷ El primero se refiere a la negligencia o falta de cuidado, sin llegar a constituir una intención de incumplir (dolo); el segundo, se refiere a la imposibilidad definitiva del cumplimiento de la prestación. Este último elemento, diferencia a la culpa de la mora y del simple retraso en el cumplimiento de la obligación.⁹⁴⁸ Para O’CALLAGHAN: “El concepto de culpa se forma con un elemento positivo y otro negativo: éste consiste en que no tenga intención de incumplir y aquél es la negligencia”.⁹⁴⁹

En cuanto a la forma de apreciar la culpa, el *Code* francés, establece que el juez debe apreciar la culpa conforme al módulo del buen padre de familia⁹⁵⁰ (artículo 1137 del *Code*), es decir, el modelo francés equivale a la culpa leve romana, apreciada en

304.

⁹⁴⁴ En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS señala que: “Como se acaba de indicar con el dolo nos referimos tan sólo a la llamada culpa contractual, que al igual que el dolo podemos también calificar de obligacional, para indicar que se refiere a la transgresión de una relación obligatoria preexistente, bien proceda de contrato o de otra fuente”. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 198–199.

⁹⁴⁵ Cfr.: MOISSET DE ESPAÑÉS, L.: *Curso de obligaciones*, T. 2, Zabalía, S. A., Buenos Aires, 2004, pág. 263.

⁹⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 177. Al respecto, vid. también: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 528.

⁹⁴⁷ Cfr.: JUÁREZ GONZÁLEZ, “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento de las obligaciones”, *Instituciones de Derecho privado*, T. III, obligaciones y contratos, vol. 1º, Op. Cit., pág. 172.

⁹⁴⁸ Cfr.: ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Op. Cit., pág. 199.

⁹⁴⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, 2012, Op. Cit., pág. 171.

⁹⁵⁰ Cfr.: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 529.

abstracto.⁹⁵¹ Por su parte, el Código Civil alemán, dispone que: “Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico”, (parágrafo 276 del B.G.B.), esto es, en Alemania, también predomina la culpa leve en abstracto, pero apreciada conforme a los usos y costumbres del tráfico (negocios). En este sentido, puedo decir que es éste el sistema establecido por el Código Civil español, pues, desde Las Partidas y el *Code*, se determina la culpa conforme a módulos como el buen padre de familia,⁹⁵² el hombre prudente, el hombre común, el comerciante honesto y corriente, entre otros.⁹⁵³

En el sistema español, para apreciar la existencia o no de negligencia, hay que comparar la conducta del deudor,⁹⁵⁴ con el comportamiento que el Derecho le exige al mismo, conforme a la teoría de los grados.⁹⁵⁵

⁹⁵¹ Cfr.: MOISSET DE ESPAÑÉS, *Curso de obligaciones*, T. 2, Op. Cit., pág. 264.

⁹⁵² En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS señala que: “Como se ha dicho, la culpa en cuanto que es omisión de diligencia debida, requiere para su mayor precisión el conocimiento del grado de diligencia exigible en cada caso concreto, y por eso ya desde el Derecho romano surgió la necesidad de comparar la diligencia omitida en cada caso con un tipo abstracto de diligencia tomándose para ello en cada caso con un tipo medio del hombre normal y ordenado en sus negocios, o sea el clásico tipo del *bonus paterfamilias*, y admitiendo otros dos grados, uno superior y otro inferior, correspondientes respectivamente al hombre celosísimo y sumamente previsor y cuidadoso, y al hombre que por el contrario sea muy descuidado en sus negocios. Surgieron así en las escuelas jurídicas los tres tipos de culpa *in abstracto*, correspondientes al hombre muy descuidado, al hombre medio o de diligencia normal y al hombre sumamente diligente que sirven de patrón a los tres grados de culpa tradicionalmente admitidos, culpa lata, culpa leve y culpa levísima, respectivamente”. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Op. Cit., págs. 199–200.

⁹⁵³ Cfr.: MOISSET DE ESPAÑÉS, *Curso de obligaciones*, T. 2, Op. Cit., págs. 264–265.

⁹⁵⁴ En este sentido, PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS señalan que: “El modelo concreto de diligencia que establece el párrafo primero del art. 1.104, ha sido objeto de una importante ampliación por la jurisprudencia, que viene señalando cómo la conducta diligente no exige sólo adecuarse a la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino también «al sector del tráfico o de la vida social, en que la conducta se proyecta». Así se pronuncian las SSTs 16 junio 1967 [R. 3487], 5 marzo 1982 [R. 1286], 27 mayo 1982 [R. 2603], 22 marzo 1983 [R. 1573], 27 mayo 1983 [R. 2916], 25 enero 1985 [R. 199], 8 mayo 1986 [R. 2669], 7 febrero 1988, etc. [...]”. PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1842.

⁹⁵⁵ Cfr.: ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Op. Cit., pág. 199.

2.1.2.1.2.– DOS NOTAS SOBRE LA CULPA CONTRACTUAL.

Frente a la teoría clásica, heredada del Derecho romano, conforme a la cual, la culpa contractual se gradúa,⁹⁵⁶ se presenta una teoría moderna, según la cual se plantea la libre apreciación de la culpa.⁹⁵⁷ Con todo, la Ley de 13 de mayo de 1981, que reforma el CC, introdujo la asimilación de los efectos del dolo y la culpa grave o lata en algunos casos (arts. 168, apartado 2º y 1366).⁹⁵⁸ El artículo 168, apartado 2º del CC dispone que: “En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos”. Por su parte, el art. 1366 CC señala lo siguiente: “Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor”.⁹⁵⁹ Para ALBALADEJO GARCÍA, la culpa contractual admite una graduación.⁹⁶⁰ El CC dispone en el artículo 1104, apartado 2º lo siguiente: “Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.⁹⁶¹ Esta norma se erige como el prototipo de diligencia normal que se le exige a una persona (culpa leve *in abstracto*),⁹⁶² a partir de la cual se mide la negligencia del deudor en los

⁹⁵⁶ En este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN señalan que: “Dentro de la culpa, la doctrina tradicional admitía la posibilidad de graduación. Se distinguía así una culpa lata, una culpa leve y una culpa levisima”. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Novena Edición, 5ª Reimpresión, Ed. Tecnos S. A., Madrid, 2005, pág. 199.

⁹⁵⁷ Este inconveniente también se presenta en el sistema jurídico mexicano, que, al igual que el español, no tiene normas claras que fijen el sistema aplicable para la apreciación de la culpa. *Cfr.*: DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *De las obligaciones*, Op. Cit., pág. 143.

⁹⁵⁸ *Cfr.*: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Novena Edición, 5ª Reimpresión, Op. Cit., pág. 200.

⁹⁵⁹ Al respecto, *vid.*: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 640.

⁹⁶⁰ *Cfr.*: ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 179.

⁹⁶¹ *Cfr.*: O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1087.; PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, T. II, Op. Cit., págs. 1885 y ss.

diversos supuestos que se presenten.⁹⁶³ Ésta es la opinión mayoritaria de la doctrina, porque, según algunos en el sistema español se consagra el sistema de libre apreciación de la culpa (CASTÁN, PUIG PEÑA). Se basan en lo dispuesto en el artículo 1103, que señala: “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos”.⁹⁶⁴ Así, para O’CALLAGHAN MUÑOZ: “El Código civil no sigue la antigua distinción de grados de culpa y este artículo 1.103 tampoco es una consecuencia de dicha distinción”.⁹⁶⁵

Estos dos sistemas podrían coexistir en el CC, porque si bien autoriza al juez para apreciar la culpa según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar y de atenuar su responsabilidad por culpa según los casos; por otra parte, dispone que la obligación que no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, quedará bajo la influencia de la culpa leve.⁹⁶⁶

No es del caso analizar en detalle la culpa, sino que, por el contrario, en este acápite nos interesa dejar claro que ella constituye un elemento necesario para que opere

⁹⁶² Para SANTOS BRIZ, en esta norma se consagra un sistema objetivo de apreciación de la culpa. Cfr.: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 529.

⁹⁶³ Cfr.: ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Op. Cit., pág. 200.

⁹⁶⁴ En este sentido, para la jurisprudencia, con el fin de apreciar la culpabilidad “[...] no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria, con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos (S 22 marzo 1983)”. ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 87.

⁹⁶⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., pág. 1080.

⁹⁶⁶ Cfr.: ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Op. Cit., págs. 200–201. En Alemania, ENNECCERUS señala que: “La responsabilidad por negligencia leve es la regla en el Código civil, con mayor precisión que en el derecho común”. Cfr.: ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., pág. 227.

el derecho de opción. Aún cuando mi opinión navegue en contra de la corriente, creo que ella se ajusta a Derecho, por cuanto está conforme con los principios de buena fe y equidad natural.

2.1.2.1.3.– DE LA PRUEBA DE LA CULPA.⁹⁶⁷

El primitivo artículo 1214 del CC (derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8–1–2000), disponía que: “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”. Por su parte, el artículo 1183 del CC dispone que: “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096”.⁹⁶⁸ Por lo tanto, corresponderá al deudor acreditar que la extinción del vínculo obligacional no se debió a su culpa o negligencia.⁹⁶⁹ Dicho de otra forma, la culpa contractual se presume.⁹⁷⁰ El CC, frente a un incumplimiento por parte del deudor, presume que ese incumplimiento ha sido culpable. En este sentido lo ha entendido la

⁹⁶⁷ Al respecto, *vid.*: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., págs. 529–530.

⁹⁶⁸ En este sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ señala que: “Cuando se produce el incumplimiento de una obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor. Si éste incumple totalmente o cumple defectuosamente, se presume que es culposamente, pues la acción humana se supone que es voluntaria. Y si el incumplimiento ha sido por caso fortuito o fuerza mayor, deberá probado el deudor [sic], son hechos impositivos de su responsabilidad. Lo anterior se desprende del artículo 1183 [...]”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, Quinta edición, corregida y puesta al día, Op. Cit., pág. 173.

⁹⁶⁹ *Cfr.*: ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., pág. 178; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Op. Cit., pág. 202.

⁹⁷⁰ En este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN señalan que: “La doctrina y jurisprudencia dominante, basada en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en culpa o negligencia, estima que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de éste, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del artículo 1.183, y en consecuencia, sobre él recae la carga de probar las causas por la que no le es imputable”. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Novena Edición, 5ª Reimpresión, Op. Cit., pág. 200.

jurisprudencia, (STS de 20 de septiembre de 2004).⁹⁷¹ En efecto, si el deudor sostiene que el incumplimiento se ha debido a la existencia de un caso fortuito deberá acreditarlo; por su parte, si el acreedor señala que la conducta del deudor fue dolosa, en este caso deberá probar la existencia de dolo. A diferencia del dolo, la culpa goza de una cierta benignidad, que se traduce no solamente en que ésta podrá ser moderada por el juez,⁹⁷² sino que también por la extensión de los perjuicios que deberán ser indemnizados por el deudor. Sobre este último punto, el artículo 1107 del CC dispone que: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.⁹⁷³

2.1.2.2.– DEL DOLO.

Respecto del dolo, haré alusión, someramente, a su concepto y a las supuestas clases de dolo que existen en materia civil, toda vez que no constituye el objeto

⁹⁷¹ La STS de 20 de septiembre de 2004 señala que: “[...] el artículo 1183 [del CÓDIGO CIVIL], que establece la presunción de culpa del deudor como causa de la pérdida de la cosa que estaba en su poder, salvo prueba de la concurrencia de caso fortuito, añadiéndose que el mismo principio se recoge en los artículos 307 y 361 del Código de Comercio, así como en el artículo 1302 del Código Francés”. Cfr.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1186.

⁹⁷² Cfr.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, Quinta edición, corregida y puesta al día, Op. Cit., págs. 172–173; PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, T. II, Op. Cit., pág. 1884; SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 528.

⁹⁷³ En este sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ señala que: “La responsabilidad del deudor por incumplimiento doloso de una obligación, alcanza a todos los daños derivados de aquel incumplimiento. La responsabilidad por incumplimiento culposo («deudor de buena fe») le llama el primer párrafo de este artículo) comprende los daños previstos o previsibles cuando nació la obligación y sean consecuencia necesaria del incumplimiento”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1093.

principal de estudio, sino que constituye un elemento para que sea procedente la resolución contractual.

2.1.2.2.1.– CONCEPTO DE DOLO.⁹⁷⁴

En general, se ha dicho que el dolo equivale a un concepto impreciso y elástico,⁹⁷⁵ que se identifica con la voluntad o maquinación destinada a engañar a otra persona.⁹⁷⁶ Es decir, en términos amplios, el dolo supone una maquinación, artificio, maniobra o atentado consciente, realizado con el fin de lesionar los derechos e intereses de otra persona.⁹⁷⁷ Para CASTÁN TOBEÑAS⁹⁷⁸ y LACRUZ BERDEJO,⁹⁷⁹ dolo y mala fe son conceptos sinónimos. PUIG BRUTAU señala que, en términos amplios, “[...] la palabra dolo es sinónimo de mala fe, pero en sentido estricto significa maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro”.⁹⁸⁰ MOISSET DE

⁹⁷⁴ Al respecto, *vid.*: DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, 2007, Op. Cit., págs. 198 y ss.; ROJO AJURIA, L.: *El dolo en los contratos*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1994, págs. 1 y ss.

⁹⁷⁵ En este sentido, RABINOVICH-BERKMAN señala que: “La palabra «dolo» es una de las más empleadas y multifacéticas del vocabulario jurídico”. RABINOVICH-BERKMAN, R. D.: *Derecho civil. Parte general*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. S. R. L., Buenos Aires, 2000, pág. 686.

⁹⁷⁶ *Cfr.*: LAFAILLE, H.: *Derecho civil*, T. VI, Tratado de las obligaciones, vol. I, Ediar, Soc. Anón., Editores, Buenos Aires, 1947, pág. 166. En este sentido, NÚÑEZ TOMÁS define al dolo como “[...] la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de la obligación”. NÚÑEZ TOMÁS, M^a. J.: *Derecho de obligaciones y contratos*, Temas de Derecho civil a los programas de Notarías y Registros, Bosch, Casa Ed., S.A., Barcelona, 1994, pág. 55.

⁹⁷⁷ A este respecto, *vid.*: CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, T. X, De las obligaciones, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979, págs. 222–223.

⁹⁷⁸ *Cfr.*: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, Op. Cit., pág. 649.

⁹⁷⁹ *Cfr.*: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 168.

⁹⁸⁰ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Tercera Edición, Doctrina General del Contrato, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1988, pág. 92. En este sentido, DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que, “[e]n un sentido muy amplio, dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes

ESPAÑÉS identifica los conceptos de dolo y malicia.⁹⁸¹ Según el italiano DE RUGGIERO: “Hay dolo en el incumplimiento siempre que el deudor, voluntaria y conscientemente, quebrante la obligación contraída, no cumpliéndola”.⁹⁸² Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, sobre la base de la jurisprudencia, define al dolo, en sentido amplio, como “[t]odo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio. Desde este punto de vista, el dolo se asimila a la mala fe y se contrapone a la noción ética de buena fe”.⁹⁸³

Lo que tipifica a una conducta como dolosa, es que ella se realiza con la intención de ejecutar un acto que perjudique los derechos de otra persona, infrinja la ley o que esté prohibido por el contrato.⁹⁸⁴ En este sentido se pronuncian OTADUY, VIANA y SEDANO.⁹⁸⁵

Para que exista dolo, no basta con que el agente que ejecutó la conducta, haya previsto las consecuencias negativas de su actuar, sino que además, se requiere el

de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio. Desde este punto de vista, el dolo se asimila a la mala fe y se contrapone a la noción ética de buena fe. Para la existencia del dolo no es necesaria una específica intención de causar a otro un daño o un perjuicio. Basta que se infrinja, de una manera consciente y voluntaria, un deber jurídico que pesa sobre el que actúa. En este sentido genérico, la idea de dolo pertenece no sólo al Derecho Civil, sino también al Derecho Penal y constituye una de las formas que reviste la culpabilidad, entendida como valoración que merece un acto antijurídico o un acto realizado con infracción del ordenamiento jurídico. El dolo es la realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico. Bajo este ángulo se habla de dolo en el Derecho Penal y también en el Derecho Civil cuando se alude al incumplimiento doloso de una obligación o a la contravención de una obligación incurriendo el deudor en dolo (*cfr.* arts. 1.101 y 1.102 CC.)”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, 2007, Op. Cit., págs. 198–199.

⁹⁸¹ *Cfr.*: MOISSET DE ESPAÑÉS, *Curso de obligaciones*, T. 2, Op. Cit., pág. 261.

⁹⁸² DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, vol. primero, Op. Cit., pág. 123.

⁹⁸³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, 2007, Op. Cit., pág. 198.

⁹⁸⁴ *Cfr.*: VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 221.

⁹⁸⁵ *Cfr.*: OTADUY, J.; VIANA, A. y SEDANO, J. (Directs. y coords.): *Diccionario general de Derecho canónico*, vol. III, Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2012, pág. 461.

propósito de conseguir precisamente ese resultado negativo o que actúe con desidia,⁹⁸⁶ frente a una conducta que, queriendo las consecuencias que eventualmente pueden llegar a producirse (dolo eventual).⁹⁸⁷ Para LACRUZ BERDEJO: “Ocupan asimismo un lugar intermedio entre la culpa y el dolo en sentido estricto, el dolo eventual y la culpa con previsión de un resultado dañoso que, no obstante, se espera que no se producirá, casos en los cuales difícilmente puede suponerse buena fe en el obligado”.⁹⁸⁸

El dolo significa una astucia o engaño,⁹⁸⁹ cuyo objetivo es sorprender la voluntad del perjudicado. Se busca confundir a la víctima, para determinarla a prestar su consentimiento, pues en ella se gestó una razón para contratar, aunque ésta sea ilusoria o errónea.⁹⁹⁰ “El fundamento de ello –dice LARENZ– es que en estos casos no existe la libertad en la determinación de la voluntad que, en principio, ha de presuponer la autonomía privada”.⁹⁹¹ Por otra parte, para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: “[...] la esencia de dolo *in contrahendo* radica en la insidia productora de un engaño, causada por la conducta de una de las partes del contrato”.⁹⁹²

⁹⁸⁶ En este sentido, BORDA habla de deliberada intención, del deudor, con el fin de eludir el cumplimiento de su obligación, perjudicando a su acreedor. *Cfr.*: BORDA, *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, T. I, Op. Cit., pág. 92.

⁹⁸⁷ *Cfr.*: VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 221.

⁹⁸⁸ LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 168.

⁹⁸⁹ SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ identifican al dolo con el engaño. *Cfr.*: SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E.: *Manual de Derecho de obligaciones y contratos*, T. II, vol. 1. Teoría general del contrato, con la colaboración de Carolina Serrano Gómez, Edisofer, S. L., Madrid, 2008, pág. 81.

⁹⁹⁰ En este sentido, LAFAILLE señala que: “Aunque llegue a exteriorizarse la orientación dolosa del proceso volitivo, ella no interesa al legislador, mientras no se irroque perjuicio, o no se altere la voluntad ajena [...]”. LAFAILLE, *Derecho civil*, T. VI, Op. Cit., pág. 166.

⁹⁹¹ LARENZ, K.: *Derecho civil. Parte general*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 544.

⁹⁹² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, Novena edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 58.

Desde este punto de vista, podemos indicar que el dolo se asemeja al error, con la salvedad de que éste, nace espontáneamente y no obedece a una maquinación fraudulenta, como es el caso del dolo.⁹⁹³ Es por esta razón que, en materia contractual el dolo se traduce en una agravación de la responsabilidad del contratante incumplidor.⁹⁹⁴ En esta línea argumental, para DE CASTRO Y BRAVO el dolo se concibe como “[...] un engaño (*“decipiendi causa”*), causa del error de quien declara”.⁹⁹⁵ Según SALEILLES, el dolo consiste en “[...] una causa psicológica de nulidad”.⁹⁹⁶ En este mismo sentido, MESSINEO señala que: “Se puede decir que, mientras en los casos arriba considerados, el error es espontáneo, el dolo provoca un error en la contraparte (*deceptus*), y este error, a su vez, actúa como determinante, de la volición”.⁹⁹⁷ Agrega MESSINEO que: “El dolo consiste en el uso (por parte del contratante) de engaños, maquinaciones, artificios o mentiras hacia una persona con el fin de inducirla a concluir un contrato que, sin aquéllos, no concluiría dicha persona (art. 1439, primer inciso) [...]”.⁹⁹⁸

El dolo, puede manifestarse ya sea como simples afirmaciones falsas o reticencias,⁹⁹⁹ como en maquinaciones fraudulentas. El Código Civil define al dolo en el artículo 1269, indicando que: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones

⁹⁹³ En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “El engaño que supone una maniobra intencionadamente buscada y dirigida a producir en el contratante un conocimiento equivocado o una representación mental inexacta acerca de la situación –bienes, personas, circunstancias, etc.– sobre la que el contrato ha de recaer. De ello se ha deducido que el resultado del dolo es siempre un error y que hay una estrecha relación entre el dolo y error considerados como vicios del consentimiento”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, 2007, Op. Cit., págs. 199–200.

⁹⁹⁴ Cfr.: JOSSEAND, L.: *Teoría General de las Obligaciones*, R. Pröschle G. & S. Soto B. Editores, Ed. Parlamento Ltda., Santiago de Chile, 2008, pág. 58.

⁹⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Op. Cit., pág. 148.

⁹⁹⁶ JOSSEAND, *Teoría General de las Obligaciones*, Op. Cit., pág. 58.

⁹⁹⁷ MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, 1968, Op. Cit., pág. 144.

⁹⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹⁹ Cfr.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *De los contratos*, Reimpresión, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, págs. 196–197.

insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.¹⁰⁰⁰ En general, la doctrina señala que esta norma otorga una definición aceptable de dolo, poniendo énfasis en que se trata de un error provocado,¹⁰⁰¹ de forma consciente y voluntaria. Es éste adjetivo el que lo diferencia del error como vicio del consentimiento,¹⁰⁰² pues, el dolo es fruto del engaño o maquinación provocada por su autor, a diferencia del error, que surge espontáneamente.¹⁰⁰³ Asimismo, se ha dicho que el error puede obedecer al engaño ajeno (dolo).¹⁰⁰⁴ En contra se pronuncia MORALES MORENO; para quien el error provocado no necesariamente se identifica con la actuación dolosa.¹⁰⁰⁵ En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la distinción entre el error y el dolo,¹⁰⁰⁶ se trata de una cuestión de hecho, privativa de los jueces de fondo y que escapa del control de legalidad a través del recurso extraordinario de casación (STS de 26 de diciembre de 1944).¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁰ En este sentido, las STS de 28 de noviembre y 19 de diciembre de 1961 señalan que: “El dolo se caracteriza por la voluntad consciente de realizar un acto contrario al D.º; significa malicia, mala intención, añadiendo ésta a la mera voluntariedad [...]”. Cfr.: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 603.

¹⁰⁰¹ Cfr.: CARRANZA, J. A.: *El dolo en el Derecho civil y comercial. Estudio doctrinario y jurisprudencial*, Prólogo de Augusto Mario Morello, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1978, pág. 36. En este mismo sentido, MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS señalan que: “Se trata [el dolo] de un error, pero proviene del hecho de la otra parte. El dolo es un error provocado, un engaño. La víctima del dolo no solamente se ha engañado, sino también ha sido engañada”. Cfr.: MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS, *Derecho civil, Obligaciones*, T. I, Op. Cit., pág. 239.

¹⁰⁰² Al respecto, vid.: CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Op. Cit., págs. 223–224.

¹⁰⁰³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Op. Cit., págs. 92–93.

¹⁰⁰⁴ Cfr.: VIAL DEL RÍO, V.: *Teoría general del acto jurídico*, Quinta Edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pág. 115.

¹⁰⁰⁵ Cfr.: MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Op. Cit., págs. 44–45 y 298.

¹⁰⁰⁶ En este sentido, PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS señalan que: “La manifestación más común del dolo es el engaño, es decir, la inducción de error en la contraparte”. PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 2198.

¹⁰⁰⁷ Cfr.: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Op. Cit., pág. 94.

Se ha pretendido, durante largo tiempo, distinguir tres facetas del dolo en materia civil,¹⁰⁰⁸ pues éste puede incidir en: (i) los vicios del consentimiento; (ii) el dolo como elemento agravante de la responsabilidad contractual y (iii) el dolo como elemento del delito civil.¹⁰⁰⁹ Desde este punto de vista, el dolo que nos interesa es el dolo como elemento agravante de la responsabilidad contractual.¹⁰¹⁰ En este sentido, la doctrina lo ha conceptualizado como una especie de dolo que opera en la inejecución de las obligaciones,¹⁰¹¹ obra del deudor y cuyo fin es eludir el cumplimiento de su deber.¹⁰¹² Sin embargo, según la moderna doctrina¹⁰¹³ y la jurisprudencia, el concepto de dolo responde a una noción unitaria, que actúa en esos campos del Derecho civil,

¹⁰⁰⁸ En este sentido, para SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA: “En nuestro CC se contemplan dos acepciones del dolo. Una expresa, al ser definido en el artículo 1.269 como vicio de la voluntad en los contratos, y otra implícita, que lo considera como causa de incumplimiento de las obligaciones (art. 1.101). hay distintas facetas dentro de cada una de estas acepciones”. SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, T. 3, Op. Cit., pág. 403.

¹⁰⁰⁹ Cfr.: CRISTÓBAL MONTÉS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 77–78. En este sentido, vid. también: CARRANZA, *El dolo en el Derecho civil y comercial. Estudio doctrinario y jurisprudencial*, Op. Cit., págs. 87 y ss.

¹⁰¹⁰ Cfr.: VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Manual de Derecho civil*, Segundo vol. De las Partes Preliminar y General, Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 2001, pág. 36.

¹⁰¹¹ En este sentido, NAVARRO MENDIZÁBAL señala que: “[El dolo en la responsabilidad civil contractual] es la conciencia y voluntad de incumplir”. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2013, Op. Cit., pág. 153.

¹⁰¹² Cfr.: CARRANZA, *El dolo en el Derecho civil y comercial. Estudio doctrinario y jurisprudencial*, Op. Cit., págs. 26 y 27.

¹⁰¹³ En este sentido, CRISTÓBAL MONTÉS señala lo siguiente: “¿Trátase de dos clases distintas de dolo o tan sólo de dos manifestaciones, aplicaciones o significados de una categoría única? La postura tradicional de nuestro Tribunal Supremo ha incidido normalmente en el primero de dichos sentidos al resaltar que «el artículo 1.102 se dirige más bien al dolo que tiende a eludir el cumplimiento de las obligaciones que al que es origen de las mismas» (sentencia de 22 de octubre de 1894); e, incluso, que el dolo al que se refiere dicho artículo es de naturaleza distinta del definido en el artículo 1.269, teniendo en común ambos la condición de no presumirse por el Derecho y de corresponder su prueba al que lo alega (sentencia de 15 de marzo de 1934), turbie sobremanera al reconocer al dolo la común condición de «propósito de dañar injustamente» (sentencia de 31 de octubre de 1924). Lo cierto es, empero, que aunque el dolo pueda manifestarse lo mismo en el plano de la formación del contrato, afectando a su consentimiento, que en el del cumplimiento de las obligaciones, constituyendo causa de su inejecución (*rectius*, cualificando la causa de la inejecución), e, incluso, en otras parcelas del Derecho civil y del Derecho penal, como las relativas a las obligaciones nacidas de delito, no resulta correcto considerar que existen dos especies de dolo o que el mismo admite una conceptualización dual, porque semejante afirmación choca de manera evidente con el hilo conductor que siempre se advierte cuando nos hallamos frente a una conducta dolosa”. CRISTÓBAL MONTÉS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 78.

pero que responde a un concepto unificado y genérico. En este sentido, la STS de 21 de octubre de 2014, nº recurso 36/2014, dispone que: “[...] al desestimar esta parte del motivo, debemos traer a colación nuestra jurisprudencia constante en el sentido de que el tipo subjetivo de la figura penal de que se trata se colma con el dolo genérico, consistente en conocer los elementos objetivos del delito (componente intelectual o cognitivo del dolo) y actuar conforme a dicho conocimiento (componente volitivo), sin que se requiera cualquier intencionalidad o motivación finalística que actúe como específico elemento subjetivo (Sentencias 24.03.2001; 23.05.2002 y 14.01.2004, entre otras). Y a propósito de la nula afectación o perjuicio causado al servicio, tampoco este resultado forma parte del tipo penal que, bien al contrario, se configura como delito de mera actividad en que la infracción del deber de prestación del servicio se erige en conducta determinante de la ilicitud punible (Sentencias 14.01.2004; 07.06.2004 y 29.09.2006 y las que en ellas se citan)”.¹⁰¹⁴

Tratándose de la responsabilidad contractual, se ha dicho que el dolo equivale a la intención de dañar a otra persona (SALVAT, MAZEAUD, TUNC y DE GASPARI); en cambio, para otros, se refiere al incumplimiento deliberado, con o sin la intención de dañar a la contraparte.¹⁰¹⁵ Para LACRUZ BERDEJO: “Así entendido el dolo, como voluntad de infringir la obligación, es claro que vínculo obligacional e impunidad del dolo serían totalmente incompatibles [...]. Sólo puede hablarse de deuda si hay una persona vinculada al cumplimiento y sólo puede hablarse de vinculación jurídica si la actividad de que se trata no se halla a su arbitrio o discreción”.¹⁰¹⁶ Desde este punto de

¹⁰¹⁴ Cfr.: <www.vlex.com>. Al respecto, vid.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., págs. 1262 y 1263.

¹⁰¹⁵ Cfr.: GHERSI, C. A.: *Teoría general de la reparación de daños. Análisis sociológico y económico del daño individual y social. Hecho humano, daño y relación de causalidad. Autoría, Factores de atribución subjetivos y objetivos. Acciones de reparación y cuantificación del daño. Apéndice jurisprudencial*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S. R. L., Buenos Aires, 1997, pág. 136.

¹⁰¹⁶ LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 168.

vista, el dolo como criterio de imputación, aparece en los artículos 1101 CC, que dispone: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.¹⁰¹⁷ Por su parte, el art. 1102 CC señala que: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”.¹⁰¹⁸ El art. 1107, apartado 2º del CC, dispone que: “En caso de dolo responderá el deudor de todos los que [daños] conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.¹⁰¹⁹ Para ALBALADEJO GARCÍA: “Hay dolo cuando el deudor transgrede voluntaria y conscientemente la obligación. [...] El dolo a que ahora me refiero es cosa distinta del ya estudiado, dolo o vicio del consentimiento, que consiste, como es sabido, en conseguir con engaño una declaración de voluntad”.¹⁰²⁰ La doctrina, asimismo, define al dolo en materia de responsabilidad contractual, como la intención deliberada del deudor, para no cumplir con su deber.¹⁰²¹ Por su parte, RUIZ VADILLO define al dolo como “[...] la acción u omisión, que con conciencia y voluntad de producir un resultado contrario a derecho, impide el cumplimiento normal de la obligación, tanto si se refiere al incumplimiento propio o definitivo, como al cumplimiento defectuoso o tardío”.¹⁰²²

¹⁰¹⁷ Vid.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., págs. 1230–1231; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, Op. Cit., págs. 2936 y ss.; SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., págs. 526–527.

¹⁰¹⁸ Al respecto, vid.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., págs. 1079 y ss.; SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., págs. 529–530;

¹⁰¹⁹ Cfr.: PUIG I FERRIOL, GETE–ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, 2000, Op. Cit., pág. 302.

¹⁰²⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2011, págs. 175–176. Este autor agrega lo siguiente: “Para que haya dolo (trato ya sólo del obligacional) no es precisa la intención de dañar al acreedor (intención que, sin embargo, puede existir: por ejemplo, A, para vengarse de B, no le entrega a tiempo el chaqué que éste le compró para la ceremonia de su boda); basta el incumplimiento premeditado”. *Ibidem*, pág. 176.

¹⁰²¹ Cfr.: BORDA, *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, T. I, Op. Cit., pág. 92.

¹⁰²² RUIZ VADILLO, E.: *Derecho civil. Introducción al estudio teórico-práctico*, 17 edición (reimpresión

En esta materia, también se ha dicho que, estamos frente a un incumplimiento doloso de la obligación cuando, el deudor “presume” y “conoce” las consecuencias negativas que tendrá para el acreedor su actuar y, aun así, incumple su deber. En la doctrina alemana se da un clásico ejemplo, si un taxista se compromete a pasar a recoger a un pasajero a las 12 en punto, y, una hora antes acepta realizar otro viaje que le supone que no llegará a tiempo para cumplir con el primer pasajero, actúa con dolo, pues, voluntariamente asumió el riesgo de no cumplir (dolo eventual).¹⁰²³ Por ello, los elementos del dolo son dos: un elemento intelectual (el conocimiento de la conducta antijurídica) y el elemento intencional o volitivo (el querer perjudicar al contratante cumplidor).¹⁰²⁴ La jurisprudencia ha dicho que el dolo equivale a la consciente, directa e injustificada negativa del deudor, (STS de 15 de julio de 1983).¹⁰²⁵ Asimismo, ESPÍN CÁNOVAS, entiende que existe dolo contractual u obligacional¹⁰²⁶ cuando existe un “[i]ncumplimiento de la obligación realizado de modo consciente y voluntario por el deudor”.¹⁰²⁷ Por último, para CASTÁN TOBEÑAS, aunque el Código civil no establezca al dolo “[c]omo causal de incumplimiento de la obligación, se ajusta en

actualizada), incorporado el Derecho civil constitucional y el Derecho comunitario europeo, prólogo del profesor Antonio Hernández Gil, Ed. Ochoa, Logroño, 1990–1991, pág. 313.

¹⁰²³ Cfr.: COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, Op. Cit., pág. 136.

¹⁰²⁴ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 253; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Sexta edición, 1983, Op. Cit., pág. 197; RUIZ VADILLO, *Derecho civil. Introducción al estudio teórico-práctico*, Op. Cit., pág. 314.

¹⁰²⁵ LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 168.

¹⁰²⁶ En este sentido, la STS de 22 de enero de 2004, dispone que: “El dolo que ha calificado el incumplimiento es el derivado de la transfresión voluntaria, consciente y continuada de las obligaciones”. Cfr.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., pág. 1231.

¹⁰²⁷ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Sexta edición, 1983, Op. Cit., pág. 197.

realidad a este criterio doctrinal, que puede encontrar un apoyo en el texto del art. 1.107”.¹⁰²⁸

2.1.2.2.2.– CLASES DE DOLO.

Según la doctrina tradicional, el dolo puede ser bueno o malo.¹⁰²⁹ El dolo *bonus* consiste en la alabanza exagerada que se hace de ciertas virtudes o cualidades de una cosa, la cual no alcanza a provocar la anulabilidad del negocio jurídico.¹⁰³⁰ El dolo *malus*, en cambio, es toda maquinación fraudulenta destinada a engañar a una persona para determinarla a celebrar un negocio jurídico.¹⁰³¹ La definición legal de dolo del artículo 1269 del Código Civil equivale al concepto de dolo malo.

Una segunda clasificación distingue entre dolo positivo, que es aquel que consiste en ejecutar uno o más hechos o decir ciertas cosas.¹⁰³² El dolo negativo, en

¹⁰²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 254.

¹⁰²⁹ En este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “La raíz del dolo es, como hemos dicho antes, un engaño, pero un engaño nacido de un acto injusto e ilícito. Por ello, no todo engaño es considerado como ilícito y como constitutivo de dolo”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, 2007, Op. Cit., pág. 201.

¹⁰³⁰ Para SÁNCHEZ MEDAL, el dolo bueno “[...] consiste más bien en una pequeña astucia «*sollertia*», que sólo exagera las cualidades o el valor de una cosa y que usan mucho los comerciantes, sin tener trascendencia jurídica, ya que sólo engendra un error indiferente”. SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*, Op. Cit., pág. 55. Al respecto, *vid.* también: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Op. Cit., pág. 59.

¹⁰³¹ En este sentido, MESSINEO señala que: “Establecer cuándo se trata de *dolus bonus* y cuándo de *dolus malus*, depende de una apreciación de hecho librada al juez, el cual decidirá sobre la base del criterio que debe considerarse corriente en una sociedad y en un momento dados”. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, 1968, Op. Cit., pág. 146. Cfr: SALVAT, R.: *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General. De las cosas – De los hechos y Actos Jurídicos*, T. II, 8ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1947, pág. 407. Al respecto, *vid.* también: ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 177.

¹⁰³² En este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “Al hablar el Código civil de «palabras o maquinaciones insidiosas» parece que describe un comportamiento positivo y rechaza el dolo omisivo, es decir, el que ha originado un engaño porque un contratante no ha informado al otro de hechos o

cambio, que también se denomina dolo omisivo,¹⁰³³ dolo pasivo o reticencia,¹⁰³⁴ se verifica cuando, para hacer incurrir en error a una persona, se guarda silencio respecto de ciertas circunstancias que se deberían haber manifestado.¹⁰³⁵ Aquí puede verse un símil entre esta clase de dolo¹⁰³⁶ y el silencio.¹⁰³⁷ La reticencia puede manifestarse claramente a propósito del contrato de seguro.¹⁰³⁸ En este sentido, la STS de 24 de abril de 2009, plantea que el dolo reticente “[...] formaría por omisión de la información que, en buena fe, se debía haber suministrado”.¹⁰³⁹ Asimismo, la doctrina distingue entre

circunstancias que, conocidas por él o debiendo de serle conocidas, hubieran llevado al que las desconoce a la no celebración del contrato”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Op. Cit., pág. 58.

¹⁰³³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN agrega lo siguiente: “Para decidir si en la pura reticencia o en el puro silencio existe o no dolo, debe valorarse sobre todo hasta qué punto es lícito o ilícito el silencio y hasta qué punto puede ser considerado como maquinación o como artificio”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, 2007, Op. Cit., pág. 202.

¹⁰³⁴ Vid.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., págs. 2198–2199.

¹⁰³⁵ En Italia, SANTORO-PASSARELLI señala que: “[...] *Eccezionalmente la reticenza può costituire una figura di dolo omissivo nei negozi in cui grava sulla parte uno specifico onere d’informazione, in vista della funzione propria del negozio, come nel contratto d’assicurazione, nel quale le dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente rendono annullabile il contratto, se il contraente ha agito con dolo o anche soltanto con colpa grave, e danno all’assicuratore un diritto di recesso, se non v’è stato nè dolo nè colpa grave* /articoli 1892, 1893)”. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, Op. Cit., pág. 171.

¹⁰³⁶ En este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “Para decidir en qué casos el dolo negativo puede tener incidencia en la validez del contrato, será menester examinar, [...] los deberes precontractuales de información que hubieran existido entre las partes y la violación de tales deberes, de manera que solo donde existieran tales deberes precontractuales de información y estos hubieran sido incumplidos, el dolo negativo podrá tener lugar”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, 2007, Op. Cit., pág. 202. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN cita, en este sentido, las STS de 26 de octubre de 1981, 6 de junio de 1953, 7 de enero de 1961 y 20 de enero de 1964. Cfr.: *Ídem*.

¹⁰³⁷ En este sentido, SÁNCHEZ MEDAL señala que: “La obra del dolo es el engaño «fallatia», que puede producirse lo mismo con palabras o actos positivos que por medio de deliberadas omisiones”. SÁNCHEZ MEDAL, R.: *De los contratos civiles*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1988, pág. 56.

¹⁰³⁸ Al respecto, vid.: Cfr.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., pág. 1465; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, 1968, Op. Cit., págs. 146–147.

¹⁰³⁹ Cfr.: ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 178.

dolo directo, que es aquel cometido por la parte misma o por medio de su representante legal o convencional y el dolo indirecto, que es aquel fraguado por un tercero.

Por otra parte, la doctrina distingue entre dolo principal y dolo incidental.¹⁰⁴⁰ El dolo se llama principal, grave,¹⁰⁴¹ esencial, causal, determinante o inductivo, cuando de no existir dolo, la víctima no hubiera celebrado el acto o contrato.¹⁰⁴² El dolo principal es aquel que, como su nombre lo indica es la causa principal del contrato, determinando a la víctima del mismo a celebrar el contrato. Por ello se le denomina “*dolus dans causam contractui*”. El dolo es incidental (llamado también dolo incidente o accidental),¹⁰⁴³ no constituye la causa eficiente del acto, ya que sólo afecta a sus condiciones, en el sentido que, la parte afectada por la maquinación, de todas formas habría manifestado su voluntad, de no existir dolo, pero en mejores condiciones, lo que se puede traducir en una rebaja del precio, el otorgamiento de un término mayor para pagarlo, etc. Se dice que la distinción entre el dolo principal y el dolo incidental constituye una cuestión de hecho que está entregada a los jueces de fondo y que, por tanto, escapa del control de legalidad por medio del recurso de casación en el fondo.¹⁰⁴⁴ La importancia de la distinción radica en que únicamente el dolo principal es causal de

¹⁰⁴⁰ Es interesante el planteamiento de ALBALADEJO GARCÍA, quien plantea que el dolo malo se subdivide en dolo principal y dolo accidental. Cfr.: ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Decimoquinta Edición, puesta al día de legislación y jurisprudencia, Barcelona, Librería Bosch, S. L., 2002, pág. 619.

¹⁰⁴¹ En este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “El dolo grave se ha entendido tradicionalmente como el que da causa al contrato, el que sin él no se hubiese celebrado [...]”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Op. Cit., pág. 59.

¹⁰⁴² En este sentido, vid.: SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General. De las cosas – De los hechos y Actos Jurídicos*, T. II, Op. Cit., págs. 409–410.

¹⁰⁴³ Para CASTÁN TOBEÑAS, el dolo incidental, “[...] es el que no determina la celebración del contrato, sino sólo las condiciones del mismo, haciéndolas más onerosas”. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, Op. Cit., pág. 650. Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 2200.

¹⁰⁴⁴ Cfr.: SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General. De las cosas – De los hechos y Actos Jurídicos*, T. II, Op. Cit., pág. 411.

nulidad relativa del acto o contrato; el incidental da lugar solamente a solicitar una indemnización de perjuicios.¹⁰⁴⁵

Por último, se debe indicar que, con respecto a sus efectos, cuando el deudor incumple culpablemente con su deber deberá indemnizar los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, (artículo 1107, apartado 1º del Código Civil),¹⁰⁴⁶ mas, cuando incurre en una conducta dolosa, estará obligado a reparar todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, (artículo 1107, apartado 2º CC).¹⁰⁴⁷ Respecto de la conducta dolosa, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “[...] el Código, aunque no da la noción de dolo,¹⁰⁴⁸ contrapone, en el art. 1.107, el deudor que incumple de buena fe al que lo hace dolosamente, o sea de mala fe, y para ésta no es preciso el ánimo de dañar, sino sólo la voluntad de incumplir”.¹⁰⁴⁹ Esta norma, que se podría aplicar indistintamente, tanto a la

¹⁰⁴⁵ En este sentido, *vid.*: MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, 1968, Op. Cit., pág. 145; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General. De las cosas – De los hechos y Actos Jurídicos*, T. II, Op. Cit., pág. 411.

¹⁰⁴⁶ En este sentido, la jurisprudencia ha planteado que esta norma también es aplicable para el caso de incumplimiento negligente, (STS de 10 de diciembre de 1986). *Cfr.*: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 532.

¹⁰⁴⁷ *Cfr.*: ACEDO PENCO, *Teoría general de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 178.

¹⁰⁴⁸ En este sentido, NAVARRO MENDIZÁBAL señala que: “El art. 1107 tiene una redacción que puede resultar enigmática, porque aunque parece claro qué es lo que pretende, luego no es nada simple averiguar cómo soluciona la cuestión que propone. Parece que el artículo dedicado a la atribución de consecuencias, que además pretende ser más duro en el caso de dolo”. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2013, Op. Cit., págs. 153–154.

¹⁰⁴⁹ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 176. ALBALADEJO GARCÍA agrega que: “Si bien es verdad que generalmente tal jurisprudencia ha recaído para casos que solían ser de daños causados dolosamente por el arrendatario de la cosa arrendada (así sentencias de 15 diciembre 1956, 27 febrero 1958, 28 noviembre 1961, 19 diciembre 1961, 2 abril 1965 y 31 enero 1968). Mas, lo dicho en tales casos por el T. S. vale para el tema en estudio, porque: 1.º El dolo, como actitud del sujeto, merece igual concepto, con independencia de que se aplique a la realización de ciertos hechos (los que causan los daños en la cosa) o al incumplimiento de una obligación. 2.º Realmente el causar daños en la cosa arrendada es un caso de incumplimiento de la obligación de conservarla; luego si se causan dolosamente, se está ante un supuesto de incumplimiento doloso de tal obligación, y lo que se diga vale, en general, para formular el concepto de incumplimiento doloso de las obligaciones”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*,

responsabilidad contractual como a la extracontractual, recordemos que diferencia la conducta culpable y dolosa del deudor incumplidor, pues, en el primer caso lo obliga a reparar los daños y perjuicios previstos o que se pudieron prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia directa de su incumplimiento. En el caso de dolo contractual, la responsabilidad del deudor incumplidor es más extensa, toda vez que tiene que indemnizar no sólo los anteriores daños y perjuicios, sino que también los daños y perjuicios imprevistos, esto es, los que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación, es decir, el deudor incumplidor responderá de los daños causados, siempre que sean directos, esto es, que hayan derivado inmediatamente del incumplimiento de la obligación y no tengan una causa remota o indirecta.¹⁰⁵⁰ Como dice ESPÍN CÁNOVAS, “[e]s nulo, pues, como ya lo era en el Derecho romano, el *pactum de dolo non praestando*”.¹⁰⁵¹

2.1.2.2.3.– PRUEBA DEL DOLO.

En general, la doctrina¹⁰⁵² ha señalado que la conducta dolosa no puede ser presumida por el legislador, pues, equivale a una situación anormal, que no responde a

Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 176.

¹⁰⁵⁰ Cfr.: NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2013, Op. Cit., págs. 155–157.

¹⁰⁵¹ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Sexta edición, 1983, Op. Cit., pág. 198.

¹⁰⁵² Con relación al derecho de opción, la jurisprudencia ha declarado que quien alega la existencia de dolo, deberá probarlo, y esta probanza constituye un elemento necesario para demandar indemnización de daños y perjuicios, a propósito del derecho de opción. En este sentido, se ha dicho que: “Los dos motivos del recurso se amparan en el número primero del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, citando como infringidos, por interpretación errónea, los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil por no haber estimado el tribunal «a quo» los daños y perjuicios comprendidos en los apartados A) y B) de la demanda y la existencia del dolo, pero es lo cierto que tanto uno como otro precepto se refieren a las consecuencias jurídicas de hechos que puedan resultar de un litigio, siendo reiteradísima la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, relativa a que para que tenga lugar la indemnización es preciso que los daños y perjuicios se acrediten, así como para la estimación del dolo que se demuestre; y como el Tribunal de instancia no apreció este perjuicio, afirmando que tenían el carácter de contingentes y no efectivos, como tampoco la concurrencia del dolo, y esa apreciación, de la facultad exclusiva de aquella Sala, no fue

la conducta general de las personas.¹⁰⁵³ Ya ULPiano nos señalaba, en el Digesto, Libro XXII, Título III, nº 18, § 1, que: “El que dice que se ha ejecutado alguna cosa con dolo, debe justificar que se cometió, aunque lo proponga como excepción”.¹⁰⁵⁴ Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “Esa transgresión voluntaria y consiente es cosa que no se presume; por lo que ha de probarla el que la alega”.¹⁰⁵⁵ Pienso que lo anterior se justifica, toda vez que la culpa equivale a la situación normal, sólita, corriente u ordinaria en que se encuentra un deudor incumplidor. Las situaciones insólitas o anormales son el caso fortuito o fuerza mayor y el dolo. Éstos, por tanto, deberán ser acreditados por quien los alega. En este sentido, la STS de 12 de junio de 2003, dispone que: “El dolo no se presume, sino que debe ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice qué entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, toda vez que se limita a definir el que inicia el contrato señalando algunas formas de manifestación dolosa, los requisitos comúnmente exigidos por la doctrina científica son: una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la reclamación negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas; que la voluntad del declarante quede iniciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia; que sea grave si se trata de anular el contrato; que no haya sido causada por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes”.¹⁰⁵⁶

combatida con arreglo al número séptimo del ya citado artículo 1.692, que no se invoca, es conclusión evidente que el recurso debe ser desestimado. (T. S. Sentencia 20 marzo 1933)”. MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 34.

¹⁰⁵³ Cfr.: CRISTÓBAL MONTÉS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 88 y ss.

¹⁰⁵⁴ CUERPO DEL DERECHO PRIVADO ROMANO, a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte. Digesto. T. II, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 98.

¹⁰⁵⁵ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 176.

¹⁰⁵⁶ Cfr.: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. del M.: “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título II. De

La jurisprudencia ha reiterado la necesidad de acreditación del dolo, v. gr., la STS de 21 de abril de 2014, (RJ/2014/360); Auto del TS de 13 de febrero de 2014, (RJ/2014/148); STS de 29 de mayo de 2013, (RJ/2013/453); STS de 7 de marzo de 2013, (RJ/2013/508); Auto del TS de 29 de marzo de 2012, (RJ/2012/637); Auto del TS de 22 de septiembre de 2011, (RJ/2011/1261); STS de 21 de marzo de 2011, (RJ/2011/156); Auto del TS de 2 de diciembre de 2010, (RJ/2010/2544); Auto del TS de 30 de septiembre de 2010, (RJ/2010/1745); Auto del TS de 22 de abril de 2010, (RJ/2010/908); STS de 28 de octubre de 2009, (RJ/2009/1074); STS de 20 de octubre de 2009, (RJ/2009/1037); STS de 1 de octubre de 2009, (RJ/2009/933); STS de 8 de octubre de 2009, (RJ/2009/759); STS de 23 de octubre de 2009, (RJ/2009/418); STS de 22 de abril de 2009, (RJ/2009/400) y la STS de 27 de febrero de 2009, nº recurso 99/2008.¹⁰⁵⁷

2.1.2.2.4. EFECTOS DEL DOLO EN MATERIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

La doctrina, como se ha dicho, justificando la diferencia que realiza la ley entre la conducta dolosa y culpable, en el sentido de agravar la responsabilidad del deudor cuando incurre en la primera, pues, responde incluso de los perjuicios directos imprevistos. En general, es lógico que la responsabilidad contractual derivada del dolo, es más amplia. Pues, el Derecho, debe sancionar al contratante que maliciosamente incumple su deber.¹⁰⁵⁸ De la simple lectura del artículo 1107 CC, que le impone al contratante incumplidor la obligación de reparar todos los daños y perjuicios conocidos, incluido aquellos perjuicios que no sean una consecuencia del incumplimiento. Con

los contratos, Capítulos I y II”, *Código civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. II, Antonio Salas Carceller (Coord.), Ed. Jurídica Sepín, S. L., Madrid, 2009, pág. 3254.

¹⁰⁵⁷ Cfr.: <www.vlex.com>.

¹⁰⁵⁸ Cfr.: DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, T. II, vol. primero, Op. Cit., págs. 124–125.

todo, esta conclusión parece exagerada, toda vez que debe existir una relación de causalidad entre el daño y la causa que lo genera. Por ello, únicamente se deben indemnizar los perjuicios directos. Además, si el deudor es de buena fe (culpa), se le aplica lo dispuesto en el artículo 1103 CC, que faculta al juez para moderar el monto de la indemnización, dependiendo de las circunstancias. La distinción entre daño previsto e imprevisto. El primero consiste en todo perjuicio anticipable por un buen padre de familia (hombre medio), quedando fuera de este concepto, los daños y perjuicios insólitos que no han podido ser anticipados por una persona normal en circunstancias regulares. El segundo, en cambio, equivale a todo daño que los contratantes no pudieron razonablemente prever al tiempo de contratar. Cuando el artículo 1107 CC se refiere a los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, hace alusión a la conducta dolosa del contratante incumplidor. En conclusión, cuando el artículo 1107 hace alusión a todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento de la obligación, excluye a los daños indirectos, que no presentan una relación de causalidad con aquél, y que de ser aceptados, lo harían responder por los daños y perjuicios remotos, que no tuvieron origen en el incumplimiento.¹⁰⁵⁹ Por ello, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL dice: “Lo cierto, sin embargo, es que la distinción que hace el art. 1107 es más teórica que práctica, pues lo decisivo es la demostración del nexo causal entre el incumplimiento y el daño, así como la determinación de lo que, en cada caso concreto, se consideró, en el momento de contratar, como daño previsto, lo que, en definitiva, obliga a tener en cuenta la finalidad de la obligación incumplida”.¹⁰⁶⁰

En definitiva, la responsabilidad contractual por culpa impone, únicamente, el deber de reparar los daños y perjuicios directos previstos, mas no lo imprevistos.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁹ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 206–209.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*, pág. 209.

¹⁰⁶¹ Para O’CALLAGHAN MUÑOZ: “La responsabilidad del deudor por incumplimiento doloso de una

Además de lo anterior y, como es sabido, es nula la cláusula anticipada de sustracción de los efectos del dolo (pacto de dolo *non praestando*).¹⁰⁶² Así, el dolo, presentado como un criterio de imputación, denota una infracción al Derecho, lo que impide la celebración de un pacto previo de exoneración, hasta que se verifique el incumplimiento doloso de la misma, toda vez que, en ese instante, el contratante cumplidor podrá renunciar a las consecuencias patrimoniales que se deriven de dicho incumplimiento.¹⁰⁶³

La jurisprudencia ha acogido el anterior criterio, v. gr., en la STS de 19 de febrero de 2014, que dispone: “[...] En suma, aunque no se exprese literalmente en estos términos, el recurrente busca limitar cuantitativamente su responsabilidad con base en la equidad, ya sea por lo que considera una decisiva contribución causal de la conducta de la víctima al incremento del daño resarcible, ya con fundamento en criterios contrarios a la deuda de valor, atinentes a la causalidad adecuada entre el daño y la conducta del deudor culpable, y al limitado alcance de la responsabilidad de este frente al deudor doloso”.¹⁰⁶⁴ Por su parte, la STS de 5 de diciembre de 2008, dispone que: “La indemnización de daños y perjuicios comprende efectivamente, conforme al artículo 1.106 del Código Civil, no tanto el valor de las pérdidas sufridas, como las ganancias dejadas de obtener, alcanzando tanto a los daños previstos como a los que pudieran prever en los supuestos del artículo 1.107, que establece los límites de la

obligación, alcanza a todos los daños derivados de aquel incumplimiento. La responsabilidad por incumplimiento culposo («deudor de buena fe» le llama el primer párrafo de este artículo) comprende los daños previstos o previsibles cuando nació la obligación y sean consecuencia necesaria del incumplimiento”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., pág. 1087.

¹⁰⁶² Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 124.

¹⁰⁶³ Cfr.: PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, 2000, Op. Cit., págs. 302-303. Vid. también: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., págs. 255 y 256.

¹⁰⁶⁴ STS de 19 de febrero de 2014, (RJ/2014/88).

responsabilidad del deudor de buena fe y del deudor por dolo por la falta de cumplimiento de sus obligaciones”.¹⁰⁶⁵

2.1.3.– EL DEUDOR QUE INCUMPLE SU OBLIGACIÓN DEBE ESTAR CONSTITUIDO EN MORA.¹⁰⁶⁶

Cierta parte de la jurisprudencia exige la mora del deudor.¹⁰⁶⁷ Aunque se debe señalar que, en otros casos, no se exige este presupuesto.¹⁰⁶⁸ Estimo que el fundamento

¹⁰⁶⁵ Cfr.: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, Op. Cit., pág. 2950.

¹⁰⁶⁶ Con relación a la mora del deudor, *vid.*: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., págs. 140 y ss.; LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., págs. 177 y ss., especialmente a partir de la pág. 180; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., págs. 413 y ss.

¹⁰⁶⁷ Así lo ha fallado la jurisprudencia, *v. gr.*: la STS de 11 de octubre de 2006, que dispone: “En el supuesto debatido, el litigio fue planteado con base en el artículo 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27) y se resolvió con justificación en la desaparición sobrevenida de la causa del contrato, por lo que el cambio de punto de vista jurídico se ha efectuado por el tribunal de instancia sin acatamiento de las condiciones referidas en el párrafo precedente. No concurren en este caso los presupuestos exigidos por el artículo 1124, pues la propia resolución recurrida precisa que no hace imputación culposa a ninguna de las partes, de modo que es de aplicación al caso la doctrina consolidada en esta Sala, que es reiterada en exigir para que se produzca la resolución de las relaciones contractuales privadas, no precisamente una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 6488] y 18 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2265]), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre [RJ 1991, 6044] y 18 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9401]), por lo que basta que se de una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SSTS de 14 de febrero [RJ 1991, 1268] y 16 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3706] y 17 mayo [RJ 1994, 4088] y 2 de julio de 1994 [RJ 1994, 6422], entre otras muy numerosas). La frustración no se produce cuando la causa que origina el incumplimiento no es atribuible directamente a las partes (STS de 31 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2312])”. STS de 11 de octubre de 2006, (RJ/2006/6443).

¹⁰⁶⁸ Así, MORENO GIL, comentando la STS de 17 de julio de 1990, señala lo siguiente: “La declaración resolutoria por incumplimiento contractual no necesariamente va acompañada de indemnización por daños y perjuicios. [En esta sentencia, expresa el autor] ... se denuncia ... la infracción de las normas contenidas en el artículo 1.124 del Código Civil, pues siempre que se sostiene la declaración resolutoria por incumplimiento contractual ha de ir acompañada de la indemnización de daños y perjuicios. Tampoco la denuncia es de recibo, pues no es cierto que se asocien en todo caso ambos pronunciamientos, ya que se precisa, en línea general, para acceder al resarcimiento la probanza de que así han acontecido señalado y acreditado en forma el *quantum* de los mismos, lo que no ha tenido lugar en el litigio”. MORENO GIL,

de este requisito, se encuentra en el hecho de que el acreedor cuando demande la resolución o el cumplimiento forzado de la obligación, podrá solicitar también indemnización de daños y perjuicios, para la cual el Código Civil exige explícitamente la mora del deudor.¹⁰⁶⁹

La doctrina¹⁰⁷⁰ ha dicho que aunque el artículo 1124 del Código Civil no exija el requisito de la mora,¹⁰⁷¹ ésta constituye un elemento de gran importancia para averiguar la voluntad del contratante incumplidor.¹⁰⁷² Es decir, si bien la mora no tiene relación con la resolución por incumplimiento contractual, constituye un eficaz medio para determinar la conducta del contratante incumplidor, rebelando su estado de rebeldía y por tanto, una de las condiciones procesales para el ejercicio de la facultad resolutoria.¹⁰⁷³ Así lo ha reconocido la doctrina, al indicar que por regla general, la no ejecución de la prestación debida, en la forma y tiempo estipulado, no supone la aplicación inmediata del artículo 1124 del Código Civil. Lo que cabe en este caso, es que el acreedor cumplidor constituya en mora al deudor, para que aquél pueda solicitar

Código civil y jurisprudencia concordada, Op. Cit., pág. 1073. Agrega este autor que: “La simple mora no es equiparable al incumplimiento”. *Ibidem*, pág. 1087.

¹⁰⁶⁹ *Vid.*: ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Op. Cit., págs. 195 y ss.

¹⁰⁷⁰ En honor a la verdad se debe indicar que la doctrina moderna señala que la mora no constituye un requisito de procedencia de la acción resolutoria. *Cfr.*: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Artículo 1124”, Op. Cit., pág. 8220. En este mismo sentido, la doctrina italiana, en general, ha dicho que no es necesaria la constitución en mora para que el juez de lugar a la resolución contractual. Este criterio ha sido seguido por la jurisprudencia italiana. *Cfr.*: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 177.

¹⁰⁷¹ En este sentido, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA expresan que: “La mora es la infracción de la obligación cometida por el deudor al retrasar el cumplimiento de la prestación debida, pero con posibilidad de cumplirla posteriormente”. SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, T. 3, Op. Cit., pág. 446. Por otra parte, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO señala que: “En conclusión, debe inducirse que la mora es una situación tipificada de retraso en el cumplimiento de las obligaciones, debida a dolo o negligencia del deudor al no satisfacer oportunamente la prestación debida, o la imposibilidad o culpa del acreedor al no realizar cuanto es necesario para recibirla, que produce una lesión en el patrimonio de éste”. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La mora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, pág. 42.

¹⁰⁷² *Cfr.*: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 176.

¹⁰⁷³ *Cfr.*: *Ídem*.

indemnización de ese retraso e imputar a éste el riesgo del caso fortuito o fuerza mayor.¹⁰⁷⁴ A este respecto, CLEMENTE MEORO señala que: “La mora, en sentido técnico, plantea dos cuestiones en relación con el retraso en el cumplimiento como causa de resolución: en primer lugar, si es indispensable la constitución en mora para instar o declarar la resolución; en segundo lugar, si, desde otra perspectiva, la sola constitución en mora es suficiente como para dar por resuelta la relación obligatoria”.¹⁰⁷⁵

Aun cuando, se debe indicar que, en opinión general de los autores, “[...] ni la simple situación de mora deja expedida la facultad resolutoria ni la puesta en mora es requisito para acceder a la resolución (*vid.* STS de 20–VI–1994). En cualquier caso, debe añadirse que la jurisprudencia se muestra por principio reacia a reconocer o decretar la resolución por causa del retraso y aun de la mora mientras éstos no acarreen la inutilidad de la prestación para el acreedor (STS de 9–VI–1986, que no la aprecia, pese a que el plazo se había constituido en esencial, debido a su corta inobservancia)”.¹⁰⁷⁶ En este sentido se pronuncia, *v. gr.*, LACRUZ BERDEJO,¹⁰⁷⁷

LACRUZ BERDEJO ha agregado que la mora y la resolución, son instituciones que operan en momentos distintos, pues la primera supone el mantenimiento del vínculo obligatorio y, la interpretación significa un requerimiento dirigido al deudor incumplidor, para que haga honor a su palabra y proceda a cumplir su deber.¹⁰⁷⁸ Si bien,

¹⁰⁷⁴ *Cfr.*: PUIG FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 132

¹⁰⁷⁵ CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Op. Cit., pág. 28. Agrega este autor que: “[...] No se encuentra sentencia alguna del Tribunal Supremo que establezca el requisito de constituir en mora al deudor para resolver”. *Ídem.*

¹⁰⁷⁶ PUIG FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Op. Cit., págs. 132–133.

¹⁰⁷⁷ *Cfr.*: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, Op. Cit., págs. 195 y ss.

¹⁰⁷⁸ En Italia, RICCI señala lo siguiente: “Para que se dé lugar á la resolución del contrato por el

no basta el mero retardo, para que proceda resolver la obligación, tampoco es suficiente la mora del deudor, ya que ésta se opera en forma automática en las obligaciones sinalagmáticas, cuando el contratante que la reclama cumple su obligación. Se agrega que no será necesaria la mora del deudor, frente a un simple retardo en el cumplimiento, que frustre el fin del negocio jurídico.¹⁰⁷⁹

Con todo, para GONZÁLEZ GONZÁLEZ, la existencia de mora del deudor, rebela su actitud negligente, lo que constituye un incumplimiento contractual.¹⁰⁸⁰ Sobre este punto, LACRUZ BERDEJO expresa que: “En definitiva, en las obligaciones recíprocas basta el cumplimiento de una de las partes para que la otra caiga en mora (dados los demás requisitos de ésta, excluido el de intimidación). Puede decirse que el cumplimiento hace las veces de interpelación [...]”.¹⁰⁸¹

El artículo 1100 del Código Civil establece que: “Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o

incumplimiento de una de las partes, ¿es necesario que ésta se haya constituido en mora? [sic] Si se trata de condición resolutoria tácita, comoquiera que ésta no obra de derecho, sino por sentencia, no exige la previa constitución en mora por la parte que no cumple; la cual, además está en mora desde la citación en que se pide la resolución, y puede satisfacer su obligación antes de la sentencia”. RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, T. XIII, De los contratos. – De los cuasi-contratos. – De los delitos y cuasi-delitos. – Diversas clases de obligaciones, Op. Cit., págs. 195–196.

¹⁰⁷⁹ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., págs. 195–196; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, “Doctrina y jurisprudencia del Código civil”, Op. Cit., pág. 1715.

¹⁰⁸⁰ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 36. Agrega GONZÁLEZ GONZÁLEZ que: “[...] bastaría para el convencimiento o constatación del no cumplimiento del deudor, con la notificación de la demanda y posterior acto de conciliación, ya que si el deudor insiste en su conducta rebelde al cumplimiento, esto ya sería suficiente para la ejecución de la resolución del contrato. Pero, es evidente, que es útil la constitución en mora del deudor si con ello se prueba la tenacidad en incumplir e incluso la mala fe del incumplidor al tener que reclamarle judicialmente la prestación debida”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 36–37.

¹⁰⁸¹ LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 181.

extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”. Por lo tanto, la regla general es que para que se constituya en mora al deudor, es necesaria la interpelación del mismo por parte del acreedor. El problema se presenta en la interpretación del último párrafo de la norma en comento, que dispone: “En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”. Al respecto, GONZÁLEZ GONZÁLEZ¹⁰⁸² y OGAYAR Y AYLLÓN,¹⁰⁸³ han planteado que en las obligaciones bilaterales también se requiere interpelación para constituir en mora al deudor, toda vez que éste se ha de producir después de que el contratante cumplidor ha cumplido su obligación.

La jurisprudencia ha declarado que el simple retraso¹⁰⁸⁴ y aun la mora no suponen necesariamente, que se de lugar a la pretensión resolutoria y de ahí que no puede fundarse la acción resolutoria en la circunstancia de que las partes elevaron el plazo a la categoría de esencial.¹⁰⁸⁵ Lo anterior, porque un simple retraso supone que, en definitiva, sólo estaremos frente a una prestación demorada.¹⁰⁸⁶ Aunque, en honor a la verdad, no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia, un criterio claro, con el fin de

¹⁰⁸² Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 59–60.

¹⁰⁸³ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 91.

¹⁰⁸⁴ En este sentido, SANTOS BRIZ señala que: “La mera tardanza en el cumplimiento de las obligaciones, mientras no denote voluntad rebelde por parte del deudor, no implica la frustración del fin práctico perseguido, ni provoca la resolución del contrato [...]”. SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 132. En este mismo sentido, señala CAPITANT lo siguiente: “Podría, sin razón suficiente, pedir la resolución del contrato cuando la ejecución forzosa le diera plena satisfacción. Efectivamente, el solo retraso en el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, no prueba siempre que la finalidad a que él aspiraba no pueda ya ser alcanzada. Puede suceder que el deudor moroso esté todavía en situación de cumplir su prestación y que el retraso no suprima la utilidad que esta prestación pueda tener para el acreedor”. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 319.

¹⁰⁸⁵ Vid.: STS de 9 junio de 1986, (RJ/1986/3298). Cfr.: CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1233.

¹⁰⁸⁶ Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 89.

determinar si el simple retraso es suficiente para considerar que existe incumplimiento del contrato, y ello, se ha generado por la imprecisa redacción del artículo 1124 del Código Civil.¹⁰⁸⁷ Para CARDENAL FERNÁNDEZ, el retraso está integrado por dos elementos: (i) el vencimiento de la obligación y (ii) la susceptibilidad de cumplimiento,¹⁰⁸⁸ siendo distinto de la mora, pues, ésta requiere además del retardo, dos elementos más: (a) imputabilidad del deudor, es decir, que éste haya incurrido en culpa o dolo y (b) requerimiento o interpelación de pago por parte del acreedor.¹⁰⁸⁹

Existe cierta jurisprudencia que deniega la acción resolutoria por el simple retraso en el cumplimiento de la obligación, pues, se ha estimado que no constituye un incumplimiento definitivo de la obligación.¹⁰⁹⁰ Se llega a esta conclusión, por cuanto el mismo artículo 1124, apartado 3º del Código Civil, le otorga al juez la posibilidad de concederle un plazo de gracia al contratante incumplidor, entonces, con mayor razón deberá desestimar la acción resolutoria, cuando exista cumplimiento tardío de la obligación.¹⁰⁹¹

Frente a esta cuestión, la jurisprudencia ha planteado ciertos matices, conforme a los cuales el tribunal puede establecer cuando el retraso puede ser tenido como elemento suficiente para declarar la resolución de la obligación. Así, se distingue: (i) Cuando el retraso no obedece a una voluntad de incumplir por parte del contratante negligente. En

¹⁰⁸⁷ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 53.

¹⁰⁸⁸ Cfr.: CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Op. Cit., págs. 45–46.

¹⁰⁸⁹ En este sentido, CARDENAL FERNÁNDEZ dice que existe una imposibilidad lógica para identificar las nociones de retardo y mora. Cfr.: *Ibidem*, pág. 238.

¹⁰⁹⁰ Respecto del incumplimiento definitivo, *vid.*: Cfr.: JUÁREZ GONZÁLEZ, “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento de las obligaciones”, *Instituciones de Derecho privado*, T. III, obligaciones y contratos, vol. 1º, Vicente L. Simó Santonja (Coord.), Op. Cit., pág. 167.

¹⁰⁹¹ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 24.

este caso, podemos citar la STS de 2 de junio de 1992, en ella se deniega la acción resolutoria deducida por el vendedor de una finca, conforme al artículo 1504 del Código Civil, por cuanto alega que el comprador sólo le ha pagado una cuarta parte del precio, habiendo transcurrido dos años desde que éste se hizo efectivo. El comprador procede a pagar las tres cuartas partes restantes, cuando es requerido por su acreedor. Es interesante esta sentencia, por cuanto distingue claramente el simple retraso de la mora. Entre ellas, existe una relación de género a especie, siendo el género el simple retraso y la mora la especie.¹⁰⁹² La mora no sólo está constituida por el retraso en el cumplimiento de la obligación,¹⁰⁹³ sino que además se necesita el requerimiento o interpelación del acreedor y culpa o dolo por parte del deudor. En el presente caso, el deudor sólo cuando fue requerido de pago, se constituyó en mora y, de no haber pagado lo que debía procedía declarar la resolución de la obligación. Esta sentencia es interesante, por cuanto no sólo desestima la acción resolutoria, cuando no exista una actitud rebelde por parte del contratante incumplidor, sino que, además, exige que el deudor esté en mora. Éste es un buen fundamento para exigir que el deudor se constituya en mora, para proceder a estimar la resolución. (ii) Cuando existe retraso, pero no se ha frustrado el fin del contrato. En este evento, tampoco procede decretar la resolución de la obligación. En este sentido, podemos citar la STS de 21 de septiembre de 1990, que se refiere a un contrato de suministro. El vendedor reclama cierta cantidad y a su vez el comprador reconviene al actor, deduciendo acción resolutoria, por reiterados retrasos por parte del vendedor. El TS desestima la acción resolutoria, por

¹⁰⁹² En este sentido, señala CANO lo siguiente: “El retraso es, a la vez, un elemento de la mora y del incumplimiento. Sin embargo, para que ésta o éste se produzcan es necesario algo más que el simple retardo”. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Op. Cit., pág. 42. En este mismo sentido, JOSSEAND señala lo siguiente: “La demora evoca la idea de un retardo, mora. Pero no se debe creer por ello que todo deudor en retardo de ejecución caiga por ello en mora; la mora no es un retardo cualquiera; es un retardo oficialmente comprobado e imputable al deudor”. JOSSEAND, *Derecho civil*, T. II, vol. I, Teoría general de las obligaciones, Op. Cit. pág. 496.

¹⁰⁹³ En este sentido, NÚÑEZ TOMÁS señala lo siguiente: “En sentido lato, se entiende por mora o demora, el retraso en el cumplimiento de la obligación. Pero en sentido propio y jurídico sólo es mora el retraso culpable, que no quita la posibilidad de cumplimiento tardío, porque si por consecuencia del retraso desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, más que mora hay incumplimiento total”. NÚÑEZ TOMÁS, *Derecho de obligaciones y contratos*, Op. Cit., pág. 52.

cuanto considera que los retrasos por parte de la vendedora, no suponen un incumplimiento importante por tratarse de prestaciones accesorias y de escasa entidad. Lo anterior no supone que se frustren los fines del negocio jurídico. (iii) Por último, cuando exista retraso unido a una imposibilidad sobrevenida. En este sentido, la STS de 26 de junio de 1940, que se refiere a un contrato de compraventa. El comprador fue requerido, conforme al artículo 1504 del Código Civil, por no haber pagado el precio de venta, por más de diez años. El comprador solicita que se le conceda un plazo (artículo 1124, apartado 3º del Código Civil), el juez deniega el plazo pedido y procede a decretar la resolución de la obligación, aplicando el apartado 2º del artículo 1124 del Código Civil, estimando imposible el cumplimiento. Dicha imposibilidad no sólo puede ser material, sino que puede deberse al transcurso del tiempo.¹⁰⁹⁴

Existen otras sentencias que han decretado la resolución por incumplimiento, sobre la base de un simple retraso por parte del contratante incumplidor.¹⁰⁹⁵ Así, la STS de 2 de junio de 1992, declara la resolución, cuando no se ha pagado el precio pactado, el TS entiende que existe una actitud sancionable, pues se configura en la especie un ánimo de vulnerar el contenido del contrato. Aun cuando, podemos indicar que, en este caso, además del retardo, el tribunal exige una voluntad infractora, que la deduce del retardo mismo. Es decir, el retardo, de forma indirecta, funda la acción resolutoria. Asimismo, la STS de 9 de noviembre de 1990, que también se refiere a un contrato de

¹⁰⁹⁴ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., págs. 24–26. Vid. también: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 90 y ss.

¹⁰⁹⁵ En este sentido, ANDREAU MARTÍNEZ señala lo siguiente: “Uno de los campos en los que ha tenido mayor acogida la idea de retraso jurídicamente relevante ha sido el de la resolución contractual. Se ha señalado que el retraso puede ser un supuesto de hecho suficiente para permitir la resolución del contrato, sin necesidad de la previa constitución en mora del deudor. Y ello se basa, fundamentalmente, en un análisis de la jurisprudencia que ha admitido, como ahora veremos, que el simple retraso pueda dar lugar a la resolución del contrato sin cuestionarse en la mayor parte de los casos el dato de la constitución en mora del deudor. [...] Hoy en día parece, sin embargo, estar bastante asentada en la doctrina la idea de que la constitución en mora del deudor no es necesaria para el ejercicio de la acción de resolución – aunque normalmente el deudor se encontrará en esta situación –, ni es tampoco suficiente para la misma”. ANDREAU MARTÍNEZ, B.: *El acreedor a término*, Ed. Comares, Granada, 2003, págs. 116–117.

compraventa, estima la acción resolutoria, por razones de equidad. Pues, habiendo transcurrido más de cinco años, sin que el comprador haya pagado el precio estipulado, afecta claramente el interés y las expectativas que tenía el vendedor.¹⁰⁹⁶

De lo dicho, se puede concluir que el simple retraso, no es fundamento suficiente para declarar la resolución por incumplimiento, sino que debe estar unido otras circunstancias, que rebelen la voluntad obstativa del deudor, afecten los intereses y expectativas del contratante cumplidor, frustren los fines del negocio jurídico o lesionen el principio de equidad natural.¹⁰⁹⁷

Se ha tratado de averiguar si el retraso genera resolución judicial, analizando los dos criterios conforme a los cuales se establece la existencia del mismo.¹⁰⁹⁸ El criterio objetivo, según el cual debe atenderse a la gravedad del retraso; en cambio, según el criterio subjetivo, se debe atender al interés del acreedor. Sin embargo, no está del todo clara la distinción anterior, pues, a nivel de Derecho comparado, v. gr., en el *Codice civile*, en su artículo 1455, que dispone: “El contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, tenido en cuenta el interés de la otra”. Esta norma consagraría, según la doctrina italiana, el sistema objetivo, sin

¹⁰⁹⁶ Cfr.: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 26.

¹⁰⁹⁷ En este sentido, ANDREAU MARTÍNEZ postula que: “Ésta, [la jurisprudencia] lejos de admitir la resolución ante cualquier tipo de incumplimiento, ha venido desde siempre exigiendo una serie de requisitos para aceptar el remedio resolutorio, tales como la gravedad del incumplimiento, la voluntad deliberadamente rebelde o un hecho obstativo que de modo definitivo e irremediable impida el cumplimiento de la obligación o, más recientemente la frustración del fin del contrato o de las legítimas expectativas de la contraparte”. ANDREAU MARTÍNEZ, *El acreedor a término*, Op. Cit., pág. 120. En este sentido, también se pronuncia OGAYAR Y AYLLÓN. Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 90.

¹⁰⁹⁸ Al respecto, ANDREAU MARTÍNEZ plantea que: “La discusión acerca de cuándo nos encontramos ante un incumplimiento «grave» o «definitivo» suficiente para provocar la resolución del contrato se presenta fundamentalmente en los supuestos de cumplimientos parciales, defectuosos y de retrasos en el cumplimiento. En relación con estos últimos, la jurisprudencia de declarado de forma reiterada que el «mero retraso» no es suficiente para producir la resolución del contrato”. ANDREAU MARTÍNEZ, *El acreedor a término*, Op. Cit., pág. 127.

embargo, la expresión “interés” claramente hace alusión al criterio subjetivo.¹⁰⁹⁹ Para DELL’AQUILA, el legislador italiano no fue claro al redactar esta disposición, porque no está claro que se consagre exclusivamente el sistema subjetivo, quizás la norma establece que el interés subjetivo del acreedor no es el único criterio para tasar la gravedad del incumplimiento, es decir, para establecer la gravedad de la contravención, no sólo se debe tener en cuenta el interés del contratante cumplidor, sino que también otros criterios. Por tanto, el *Codice civile* consagra un sistema mixto.¹¹⁰⁰

Por su parte, en Francia, tampoco existe un criterio claro a fin de establecer la gravedad del incumplimiento. Esta ambigüedad partió con POTHIER, quien habría adoptado un criterio subjetivo (en su obra “*Traité du contrat de vente*”). Sin embargo, ello no es claro, pues, también atiende a la objetiva relevancia económica que tenga el incumplimiento.¹¹⁰¹

Sobre este punto, DE BUSTOS GÓMEZ-RICO señala que: “Se alega que la mora del deudor no es un incumplimiento que pueda producir la resolución del contrato con prestaciones recíprocas. Dado el diferente origen de las normas contenidas en los arts. 1.100 y 1.124 CC, la constitución de la mora no se entrecruza con la resolución y no debe impedirla. Ciertamente, el supuesto del cumplimiento tardío de la obligación no está contemplado directamente en el art. 1.124 CC, puesto que se requeriría que se hubiese constituido en mora al deudor, lo que no es suficiente. Debe reconocerse, sin

¹⁰⁹⁹ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 172.

¹¹⁰⁰ Cfr.: *Ibidem*, pág. 182. En este sentido, en Italia, SCOGNAMIGLIO señala lo siguiente: “Se discute si para la resolución es necesaria, cuando menos, la constitución del deudor en mora. Alguno se ha pronunciado por la afirmativa, pensando en que mientras no sobrevenga la mora no es posible hablar de incumplimiento (no aparecería la voluntad de no cumplir). Pero en su contra viene el argumento suministrado por el art. 1453 *cit.* que presupone tan solo el estado de incumplimiento de la obligación requiere además la mora para varios efectos allí contemplados (entre los cuales no se encuentra la facultad de demandar la resolución del contrato)”. SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, Op. Cit., pág. 352.

¹¹⁰¹ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 183 y 184.

embargo, que en el presente no se discute sobre la mora, sino sobre cuál de los incumplimientos debe ser considerado como esencial”.¹¹⁰² Este criterio ha sido recogido por la doctrina, ya que se dice que fuera de los casos de término esencial, cuando existe un retraso en el cumplimiento de la obligación, éste puede dar lugar a la resolución cuando se frustra el fin del contrato o las legítimas expectativas de las partes.¹¹⁰³

Cuando se trata de una obligación de resultado, y aun cuando el deudor haya realizado la conducta precisa para obtener el objeto de la obligación, la no consecución del mismo supone un incumplimiento definitivo de la obligación, ya sea porque se hubiera hecho imposible obtenerlo o se hubiera frustrado el fin del contrato.¹¹⁰⁴

2.2.– DEBE EXISTIR UN CONTRATANTE DILIGENTE.¹¹⁰⁵

El acreedor debe haber cumplido su propia obligación o estar llano a cumplirla.¹¹⁰⁶ Tampoco lo dice expresamente el artículo 1124 del CC,¹¹⁰⁷ pero deriva de

¹¹⁰² DE BUSTOS GÓMEZ-RICO; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO, *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 17ª Edición, Op. Cit., pág. 797.

¹¹⁰³ Cfr.: DE PABLO CONTRERAS, “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, Op. Cit., pág. 220.

¹¹⁰⁴ Cfr.: JUÁREZ GONZÁLEZ, “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento de las obligaciones”, *Instituciones de Derecho privado*, T. III, obligaciones y contratos, vol. 1º, Vicente L. Simó Santonja (Coord.), Op. Cit., pág. 169; O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, 2012, Op. Cit., pág. 74.

¹¹⁰⁵ Al respecto, *vid.*: DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 295; RUIZ SERRAMALERA, R.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Secc. de Publicaciones, Madrid, 1981, pág. 104; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Op. Cit., pág. 1714.

¹¹⁰⁶ En este punto, *cfr.*: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 11; OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 77 y ss.

¹¹⁰⁷ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “Aunque no cabe encontrar en el artículo 1124 de nuestro Código Civil indicio alguno que apunte al requisito del cumplimiento del acreedor, nuestro

las disposiciones que rigen el incumplimiento.¹¹⁰⁸ Aun cuando en el sistema jurídico español no se encuentra consagrada expresamente la *exceptio non adimpleti contractus*. Sin embargo, la doctrina ha señalado que se encuentra implícitamente reconocida en los artículos 1100¹¹⁰⁹ y 1124 CC y en la jurisprudencia,¹¹¹⁰ y encuentra fundamento en el principio de la buena fe.¹¹¹¹ La doctrina¹¹¹² y la jurisprudencia exigen como presupuesto

Tribunal Supremo ha establecido de manera reiterada que la acción resolutoria corresponde a quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte, por lo que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumple sus obligaciones [...]”. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., pág. 8.

¹¹⁰⁸ En este mismo sentido se pronuncia DE COSSIO Y CORRAL, quien señala que: “[...] Es preciso también que el que reclama la resolución del contrato haya cumplido su compromiso, o al menos que no se haya constituido en situación de incumplimiento. Aunque en principio la determinación de a cuál de los dos partes deba imputarse el incumplimiento sea una cuestión de hecho puede, no obstante, llegar a constituir una cuestión de derecho, cuando la base para la determinación del incumplimiento está, más que en los actos ejecutados, en la transferencia jurídica que haya de atribuirse a los mismos”. DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 295. En este mismo sentido, MORENO GIL, comentando la STS de 21 de febrero de 1991, señala lo siguiente: “La resolución sólo puede ser solicitada por el que ha cumplido su parte. El hecho incumplido ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato”. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1074. Por su parte, PUIG BRUTAU señala que: “El contratante que ejercite el derecho de resolución no ha de haber incurrido por su parte en incumplimiento”. PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, Op. Cit., pág. 27.

¹¹⁰⁹ El artículo 1100 del CC dispone que: “Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

¹¹¹⁰ En este sentido, la STS de 19 de mayo de 1008, dispone que: “[...] Por otro lado, es necesario que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación incumplidora, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante –sentencias de 21 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8146) y 7 de junio de 1995 (RJ 1995, 4632)–”. STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/366).

¹¹¹¹ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8226–8227.

¹¹¹² En Italia, sobre este punto, RICCI señala que: “La parte respecto de la cual no se cumplió la condición, puede, á tenor del artículo en examen, valerse de la condición resolutoria tácita. Pero si ésta á su vez se deja de cumplir, ¿puede pedir la resolución del contrato? Ciertamente que no, porque se le puede reprochar la misma culpa de que acusa á la parte contraria. [sic] «Como el incumplimiento por parte de uno de los dos contratantes, dice la Casación de Turín, es obstáculo, para que pueda pedirse contra la otra la ejecución, lo es también, y con mayor motivo, para pedir que el contrato sea resuelto [...]»”. RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, T. XIII, De los contratos. – De los cuasi-contratos. – De los delitos y cuasi-delitos. – Diversas clases de obligaciones, Op. Cit., págs. 190–191.

de la acción resolutoria, que el perjudicado no haya dejado de cumplir su obligación, ni aun cuando su incumplimiento sea de poca monta,¹¹¹³ pues de lo contrario, debe aceptar las consecuencias de su conducta.¹¹¹⁴ Lo anterior corresponde a una cuestión de hecho¹¹¹⁵ determinada por los jueces de fondo y, por tanto, no susceptible de recurso de casación,¹¹¹⁶ aun cuando existe cierta jurisprudencia contraria.¹¹¹⁷ Este requisito ha sido ratificado por la jurisprudencia¹¹¹⁸ y se encuentra presente en numerosos sistemas jurídicos europeos.¹¹¹⁹ Se ha dicho que la jurisprudencia española ha sido extremadamente cautelosa y que atiende a criterios subjetivos. La jurisprudencia italiana atendía al dato subjetivo de si existe utilidad o no para el acreedor, en la ejecución de la

¹¹¹³ Vid.: STS de 26 de junio de 1995, (RJ/1995/ 5116), 8 de julio de 1993, (RJ/1993/ 6115), 14 de octubre de 1992, (RJ/1992/7557) y 28 de septiembre de 1992, (RJ/1992/7328). Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, “Jurisprudencia civil comentada. Código Civil”, T. II, Op. Cit., pág. 1910.

¹¹¹⁴ A nivel de Derecho comparado, el CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CUBA, expresamente se refiere a este requisito, al disponer, en su artículo 306 lo siguiente: “En las obligaciones recíprocas, el que ha cumplido la que le corresponde puede exigir el cumplimiento o la ejecución a costa del otro obligado, o la resolución de la obligación, con indemnización de daños y perjuicios en todo caso”. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Ley nº 59/1987 de 16 de julio, Anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español, Ángel Acebo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Dykinson, S. L., Madrid, 2005, pág. 168.

¹¹¹⁵ En este sentido, la STS de 5 de junio de 1995, decreta que: “[...] el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho [...]”. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 617. En este mismo sentido, la STS de 7 de noviembre de 1973. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 180. Por su parte, la STS de 17 de marzo de 1999, decreta que: “[...] el tema relativo al cumplimiento o incumplimiento de un contrato es una cuestión de hecho y, en cuanto tal, sujeta a la libre apropiación de los juzgadores de la instancia [...]”. Cfr.: FARRÉ ALEMÁN, *Código civil comentado y concordado*, Op. Cit., pág. 1069.

¹¹¹⁶ Cfr.: SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, Op. Cit., pág. 130.

¹¹¹⁷ En este sentido, MORENO GIL señala que: “La declaración sobre el cumplimiento o incumplimiento de los contratantes, que, en principio es una cuestión fáctica, puede, sin embargo, constituir también una cuestión de derecho”. [Comentario a la STS de 7-6-1991]. MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1073.

¹¹¹⁸ Vid.: STS de 1 de junio de 1992 (RJ/1992/4891), 21 de octubre de 1959, (RJ/1959/3681) y 20 de diciembre de 1993, (RJ/1993/10086). Cfr.: PASQUAU LIAÑO; ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, Op. Cit., pág. 1908. Se añaden, en este sentido, las STS de 21 octubre 1959; STS de 22 de marzo de 1950; STS de 20 de diciembre de 1975, STS de 26 de octubre de 1978, STS de 11 de mayo de 1979 y STS de 10 de noviembre de 1981. Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 78-79.

prestación tardía; la española atiende al grado de culpabilidad que tiene el contratante negligente en el incumplimiento.¹¹²⁰ Si el acreedor demanda de resolución, el deudor le opondrá a su requerimiento la excepción derivada del artículo 1100 (excepción de contrato no cumplido o *non adimpleti contractus*),¹¹²¹ con lo cual la demanda de resolución no prosperará.¹¹²² La doctrina, tomando en cuenta varias sentencias del TS, ha dicho que: “Constituye un principio básico en materia de resolución contractual, aquel que niega dicha facultad al titular de una obligación recíproca, que hubiera dejado de cumplir lo que a él incumbía; es decir, para ejercitar la facultad resolutoria, el reclamante tiene que aparecer como fiel cumplidor, independientemente de la conducta atribuible a la parte contraria, [...] (STS 13–3–1990; RJ 1990, 1693). En igual sentido, la STS 22–5–1991 (RJ 1991, 3783)”.¹¹²³ Por su parte, la STS 22 de febrero de 2011, (RJ/2011/80) dispone que uno de los requisitos de procedencia de la acción resolutoria es: “[...] que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso (entre otras SSTs 21 marzo de 1986 y 21 marzo 1994 La Ley–16.156–R)”.

¹¹¹⁹ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 172.

¹¹²⁰ Cfr.: CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Op. Cit., pág. 48.

¹¹²¹ También llamada “excepción de inejecución”. Cfr.: la STS de 11 de marzo de 2011, que dispone: “[...] Y en segundo término, porque la decisión de la suministradora demandante de suspender la ejecución de su prestación estaba justificada por la excepción de incumplimiento del contrato (de suministro), a la que nos referimos, entre otras, en la sentencia 168/2.010, de 30 de marzo [...]”. STS de 11 de marzo de 2011, (RJ/2011/132). *Vid. supra*, nota nº 337, pág. 105.

¹¹²² Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., pág. 194.

¹¹²³ CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Op. Cit., pág. 1235. *Vid.* también: STS de 8 de febrero de 1980, (RJ/1980/933); STS de 19 de abril de 1982, (RJ/1982/1957); STS de 21 de marzo de 1986, (RJ/1986/1275); STS de 25 de octubre de 1988, (RJ/1988/7637). Cfr.: *Ídem*.

DE BUSTOS GÓMEZ-RICO plantea que para que sea posible deducir la *exceptio non adimpleti contractus*,¹¹²⁴ debe existir un incumplimiento de cierta entidad o cuantía, que suponga la frustración del fin del contrato, en términos razonables, es decir, que prive de los efectos económicos que le hubiera significado el cumplimiento oportuno de la obligación, para el contratante a quien se exige la resolución o el cumplimiento del contrato.¹¹²⁵ Así lo ha reconocido la jurisprudencia, pues, si ambos contratantes han incumplido sus respectivas obligaciones, entonces no cabe la resolución.¹¹²⁶

Con todo, según la doctrina, este presupuesto de la resolución viene matizado por ciertas sentencias que decretan que, para pedir la resolución de la obligación, el actor, puede haber incumplido igualmente su deber, pero éste se debe al incumplimiento precedente del demandado.¹¹²⁷ Es decir, la conducta negligente del demandado, libera al otro contratante de cumplir su compromiso.¹¹²⁸ Sobre este punto, CLEMENTE MEORO señala lo siguiente: “Si atendemos a esta última doctrina, podemos llegar a la conclusión de que la correcta formulación de nuestra jurisprudencia no es la que establece como principio general el cumplimiento del acreedor demandante de la resolución, sino su no incumplimiento. En efecto, si «la conducta del que incumple

¹¹²⁴ Esta institución, al igual que el derecho de opción del acreedor, según la doctrina, se justifica por el carácter sinalagmático o recíproco del contrato. *Cfr.*: DE BUSTOS GÓMEZ-RICO; CORBAL FERNÁNDEZ; DE LA ESPERANZA; GONZÁLEZ OLLEROS; GONZÁLEZ POVEDA; MARÍN CASTÁN y PAZ RUBIO, *Código Civil*, Comentarios y jurisprudencia, 17ª Edición, Op. Cit., pág. 811.

¹¹²⁵ *Cfr.*: *Ídem*.

¹¹²⁶ *Cfr.*: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 15.

¹¹²⁷ En este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “La facultad resolutoria corresponde al contratante que padece o sufre el incumplimiento y se ejercita frente al incumplidor. La jurisprudencia señala que no queda impedido el ejercicio de la acción resolutoria cuando el demandante ha incumplido también la obligación que le concernía, pero lo ha hecho como consecuencia de un incumplimiento anterior del demandado, planteando, con ello, el problema de los incumplimientos dobles [...]”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., pág. 819.

¹¹²⁸ *Cfr.*: CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Op. Cit., pág. 38.

primero es la que motiva el derecho de resolución y libera a la otra parte desde entonces de sus compromisos», el contratante que no ha cumplido –pero tampoco ha incumplido, porque aún no le correspondía cumplir– estará facultado para resolver la relación obligatoria. A la misma solución puede llegarse utilizando una argumentación *a fortiori*. Si quien ha incumplido a consecuencia del incumplimiento anterior del otro puede solicitar la resolución, con mayor motivo podrá hacerlo quien no ha incumplido, aunque tampoco ha cumplido”.¹¹²⁹ Agrega la doctrina, sobre la base lo que ha dicho la jurisprudencia, que este requisito se ha matizado, por cuanto se ha admitido la acción resolutoria, por el contratante que, no habiendo cumplido aun su obligación, su incumplimiento obedece o es consecuencia del incumplimiento del otro contratante. En este punto, el juez tiene facultades discrecionales para determinar si se cumple este requisito. También, el hecho de que el incumplimiento del actor se haya motivado por el incumplimiento de la contraparte, se trata de una cuestión de hecho, que deberá ser establecida por el tribunal en la sentencia definitiva.¹¹³⁰ Aun cuando existe jurisprudencia contraria.¹¹³¹ El criterio anterior ha sido recogido por la jurisprudencia, en la STS de 27 de octubre de 2004, que dispone: “[...] 5. Para emitir un juicio de valor positivo sobre procedencia de la resolución del vínculo contractual sinalagmático (sea a demanda del contratante no incumplidor dirigida a que la ineficacia sobrevenida del

¹¹²⁹ CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Op. Cit., pág. 39.

¹¹³⁰ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Comentarios al Código Civil”, Op. Cit., pág. 31.

¹¹³¹ En este sentido, la STS de 8 de febrero de 1980 decreta lo siguiente: “Como estableció la sentencia de esta Sala de 30 de abril de 1969, siguiendo la pauta marcada por las de 9 de junio de 1950 y 28 de febrero de 1958, si bien la declaración sobre incumplimiento del contrato por parte de uno de los contratantes, puede ser una *questio facti*, cuando ello depende sólo de que se hayan realizado u omitido determinados actos, declaración que en este supuesto sólo es atacable por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, puede también constituir una *questio iuris*, cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de dichos actos, ya que partiendo de los supuestos de hecho admitidos en la instancia, su valoración jurídica, sin necesidad de modificarlos, es atacable al amparo del número 1.º del referido artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y ello máxime cuando en el caso concreto por la citada sentencia de 30 de abril de 1969, con fundamento en situación fáctica, en puntos generales coincidente en ambas instancias, se ha decidido el caso con distinto signo en cada una de ellas”. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 183.

vínculo se declare, sea a demanda del supuesto incumplidor, interesado en obtener la declaración de que la voluntad resolutoria de la otra parte se actuó incorrectamente) es necesario que concurren los requisitos que recuerda la sentencia de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2560), entre ellos que una de las partes de la relación haya incumplido de forma grave las prestaciones a su cargo. Debe tenerse en cuenta, por otro lado y como destacó la sentencia de 3 de junio de 1993 (RJ 1993, 5259), que si no está legitimado para pretender la resolución del vínculo contractual el contratante que incumple sus obligaciones, sí lo está el que lo hace a consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho a la resolución”.¹¹³²

Por su parte, la jurisprudencia ha negado sistemáticamente la facultad para emprender cualquiera acción por parte del contratante incumplidor. Se puede citar la STS de 18 de octubre de 2011, que hace alusión a la STS de 8 de octubre de 2008, que veda la posibilidad para solicitar la resolución contractual a la parte que no ha cumplido su obligación. En esta misma línea se encuentran las STS de 7 de octubre de 2005, STS de 9 de diciembre de 2004, STS de 22 de abril de 2004, STS de 29 de julio de 1999, entre otras.¹¹³³

Estimo que el contratante se considera diligente, en cualquiera de los siguientes casos: (a) Cuando efectivamente cumplió con su obligación; (b) cuando no ha cumplido porque tiene un plazo suspensivo pendiente; (c) cuando no ha cumplido, pero tiene a su favor una condición suspensiva pendiente; y (d) cuando no ha cumplido, pero está llano

¹¹³² STS de 27 de octubre de 2004, (RJ/2004/7196).

¹¹³³ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 170. Sobre este mismo punto, y desde el punto de vista doctrinario, DELL’AQUILA señala lo siguiente: “No es difícil contestar a esta pregunta: porque se halla en armonía con los principios generales de equidad que quien comete un acto ilícito no puede aprovecharse de las consecuencias jurídicas, para él convenientes, que deriven de este mismo hecho. Es ésta una regla equitativa que se encuentra en sendas máximas del derecho romano: «*nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*»; «*nemo de improbitate sua consequitur actionem*», etc.”. DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 172.

o dispuesto a hacerlo.¹¹³⁴ Hay que agregar que también se considera contratante diligente el cesionario del crédito, pues ocupa la misma posición jurídica que tenía el cedente en la relación jurídica incumplida.¹¹³⁵ Así lo ha decretado la jurisprudencia, v. gr., en la STS de 4 de julio de 2011, se dispone que: “Ahora bien, como se dijo con anterioridad, estamos en presencia de un contrato bilateral que genera para las partes obligaciones recíprocas, siendo por ello que la jurisprudencia viene también exigiendo para acceder a la petición resolutoria, que el vendedor haya cumplido sus obligaciones contractuales. A tal efecto la jurisprudencia del TS ha sostenido reiteradamente en sentencia por ejemplo de 13 de diciembre de 2000, recogiendo lo dicho en sentencia de 12 de marzo de 1985 que «como tiene reiteradamente declarado esta Sala, en exégesis del art. 1504, con su complemento del 1124 del Código Civil, en las obligaciones bilaterales o recíprocas como son las que por su naturaleza provienen del contrato cuestionado, la facultad de resolución parte de la base de que quien la ejercita haya cumplido con carácter previo, fielmente frente a la contraparte que haya dejado de hacerlo [...]»”.¹¹³⁶

¹¹³⁴ En este mismo sentido, OGAYAR Y AYLLÓN, señala como uno de los requisitos de procedencia de la acción resolutoria, a la “exigibilidad de las obligaciones”. Cfr.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 74 y ss.

¹¹³⁵ Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., pág. 819.

¹¹³⁶ STS de 4 de julio de 2011, (RJ/2011/5964). En este mismo sentido, la jurisprudencia ha declarado que: “Es doctrina jurisprudencial, reiteradamente proclamada por esta Sala, que la facultad de resolver las obligaciones que otorga el art. 1.124 del Código Civil se establece sólo a favor del perjudicado, y no del que deja de cumplir aquellas que le incumben; y como la apreciación de tal extremo, de puro hecho, es de la facultad privada de la Sala sentenciadora, a menos que se desvirtúe demostrando, con actos o documentos auténticos, la evidente equivocación del juzgador, en la forma autorizada por el número séptimo del art. 1.692 de la Ley Procesal, es claro que, cuando, como ahora acontece, se articula el recurso al amparo sólo del número primero del citado precepto, hay que partir, para su resolución, del respeto absoluto a los hechos declarados probados. Al aplicar tal doctrina al presente recurso, ante las terminantes declaraciones de la Sala afirmando en síntesis, que fue el actor quien se negó, con pretextos injustificados, a consumir la transacción, no obstante que el recurrido hizo por su parte cuanto le fue posible para llevarla a feliz término, carecen de eficacia las infracciones de los arts 1.466 y 1.500 del Código Civil, en relación con el 1.124, invocadas en los dos primeros motivos, por basarse claramente, en aseveraciones contrarias a los del Tribunal «a quo», haciendo supuesto de la cuestión, lo que no es lícito en casación. (T. S. Sentencia 12 marzo 1947)”. Cfr.: MOSCO, *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Capítulo I, Op. Cit., pág. 21.

Por último, frente a la petición de resolución recíproca, (mediante acción y reconvencción) sin existir incumplimiento grave o esencial de ambas partes, el tribunal no puede estimar la resolución, ni judicial ni extrajudicial. Con todo, el juez debe dictar una sentencia (por el principio dispositivo que rige al proceso civil), sin que imponga una indemnización de daños y perjuicios. En esta línea se pueden mencionar la STS de 20 de julio de 2001 y STS de 4 de octubre de 2011.¹¹³⁷

En este punto conviene mencionar que el ejercicio judicial de la facultad resolutoria, se puede verificar por medio de una demanda o reconvencción, formulada por el contratante cumplidor, mas no se puede deducir como excepción procesal.¹¹³⁸ En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia.¹¹³⁹

3.- UNA PREGUNTA FUNDAMENTAL: ¿ES POSIBLE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL?

Como se ha dicho a lo largo de esta tesis, el derecho de opción constituye una facultad para el contratante cumplidor, quien, reunidos los elementos de aquélla, puede demandar judicialmente el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución de la misma, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. En España, se ha discutido la posibilidad de ejercer unilateralmente el remedio resolutorio.¹¹⁴⁰ En ésta, el

¹¹³⁷ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 175.

¹¹³⁸ Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE-ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 137.

¹¹³⁹ STS de 18 de marzo de 1991, 19 de noviembre de 1994, 24 de octubre de 1995, 17 de febrero de 1996, 20 de junio de 1996, 20 de junio de 1998, 20 de septiembre de 1999, 6 de octubre de 2000, 18 de diciembre de 2006 y 17 de julio de 2009. Cfr.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., pág. 1276.

¹¹⁴⁰ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 458; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 139.

ordenamiento jurídico le concede al contratante cumplidor un derecho potestativo o facultad, para resolver la obligación en virtud de una declaración unilateral de voluntad.¹¹⁴¹ En este sentido, la jurisprudencia no ha contribuido a esclarecer el panorama antes descrito, por cuanto se ha limitado a indicar que el contratante cumplidor puede, ejercer judicialmente o extrajudicialmente la facultad resolutoria. En este caso, de no ser aceptada por el contratante incumplidor, debe recurrirse ante el órgano jurisdiccional competente. Así se ha pronunciado, v. gr., la STS de 10 de junio de 2003 (RJ/2003/4339).¹¹⁴²

La doctrina, en general, ha planteado que la jurisprudencia, durante el s. XIX, únicamente aceptaba la posibilidad de resolución judicial, atendido el conjunto de circunstancias que engloba el concepto de incumplimiento (gravedad, esencialidad, frustración de los fines del contrato, etc.), ya que es conveniente que el juez sea el que valore estos elementos normativos y fácticos.¹¹⁴³ Con ello se trata de evitar las resoluciones abusivas ejecutadas por el acreedor.¹¹⁴⁴ En este elenco de autores, destacan GARCÍA GOYENA, CUTIÉREZ FERNÁNDEZ, GÓMEZ DE LA SERNA, MONTALBÁN, entre otros.¹¹⁴⁵

¹¹⁴¹ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 458; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 139.

¹¹⁴² Cfr.: *Ibidem*, págs. 452–453.

¹¹⁴³ MONTÉS PENADÉS, señala que la intervención judicial, en la resolución por incumplimiento, es “eventual”. MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Direct.), Op. Cit., pág. 1225.

¹¹⁴⁴ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “En la tradición del Derecho continental la resolución por incumplimiento ha tenido un carácter esencialmente judicial [...]”. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., pág. 7.

¹¹⁴⁵ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 452–458.

No es del caso repetir las ideas dichas en torno a la justificación de la declaración judicial, como única vía válida para decretar la resolución de la obligación emanada de un negocio recíproco,¹¹⁴⁶ pero si es interesante, hacer mención a los postulados de aquellos autores españoles que están de acuerdo con la resolución unilateral. Así, podemos indicar que los primeros en admitir la resolución son Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, señalando que: (a) el carácter facultativo del derecho de opción,¹¹⁴⁷ permite ejercer éste derecho potestativo, sea judicial o extrajudicialmente. Con todo, hay que decir que la noción de derecho potestativo o de configuración jurídica, constituye una noción moderna,¹¹⁴⁸ que ha sido empleada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.¹¹⁴⁹ (b) A diferencia de los artículos 1184 del *Code* y 1165 del *Codice civile*, que hacen alusión de la resolución tácita de las obligaciones recíprocas y que exigen que ésta sea judicialmente declarada, el artículo 1124 del CC señala que el tribunal “[...] decretará la resolución que se reclame”.¹¹⁵⁰ Por lo tanto, el tribunal, en el caso de la resolución unilateral, únicamente intervendrá cuando exista reclamación de la parte afectada.¹¹⁵¹ En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO, señala que: “Por tanto, no existen razones textuales en el art. 1.124 para negar *a priori* el carácter extrajudicial de la resolución”.¹¹⁵² En igual sentido piensa ALBALADEJO GARCÍA: “La reclamación para que el incumplidor cumpla o se

¹¹⁴⁶ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 452-453.

¹¹⁴⁷ Al respecto, vid.: OGAYAR Y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., págs. 108 y ss.

¹¹⁴⁸ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 159.

¹¹⁴⁹ MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Direct.), Op. Cit., pág. 1224.

¹¹⁵⁰ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 141.

¹¹⁵¹ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 456-459; CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., pág. 1275.

¹¹⁵² Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 141.

avenga a la resolución, o la declaración optando por ésta, puede hacerse judicial o extrajudicialmente”.¹¹⁵³

Cuando se trata de una resolución judicial, o existe oposición respecto de una resolución extrajudicial, el juez tiene dos facultades: (a) valorar normativamente los requisitos de la resolución por incumplimiento, y (b) otorgar, si las circunstancias lo ameritan un término de gracia al contratante incumplidor, con el fin de proteger los intereses del demandante, velando de este modo por el cumplimiento de la prestación insatisfecha.¹¹⁵⁴

Para MONTÉS PENADÉS¹¹⁵⁵ y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN,¹¹⁵⁶ en España, la resolución extrajudicial está admitida por la doctrina y la jurisprudencia, siempre que ésta sea aceptada por el contratante incumplidor, pues, de lo contrario, se deberá igualmente recurrir ante el juez. La resolución unilateral se produce por medio de una notificación del contratante cumplidor, en que le manifiesta al incumplidor su voluntad en orden a resolver la obligación. El deudor puede aceptar la resolución, expresa o tácitamente, o bien, repudiarla, caso en el cual el contratante cumplidor no tiene otra posibilidad que demandar la resolución judicial de la obligación.¹¹⁵⁷ La resolución unilateral se encuentra reconocida tanto en el CC como en el Código de comercio español.¹¹⁵⁸ Sin embargo, en general, la doctrina cree que la resolución

¹¹⁵³ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 117.

¹¹⁵⁴ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Direct.), Op. Cit., pág. 1225.

¹¹⁵⁵ Cfr.: CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1141.

¹¹⁵⁶ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., págs. 840–841.

¹¹⁵⁷ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Direct.), Op. Cit., págs. 1225–1226.

¹¹⁵⁸ En este sentido ESPIAU ESPIAU señala que: “Ciertamente, tanto el Código Civil como el Código de Comercio regulan ya esa posibilidad de resolución unilateral en algún caso determinado. Por ejemplo, en el art. 1594 CC, que permite al «dueño de la obra» desistir, por su sola voluntad, de su construcción,

unilateral no estaba en la mente del legislador decimonónico, y fue creación de la jurisprudencia. Se ha dicho, en este sentido, que de haber consagrado la resolución unilateral, el legislador no habría establecido la facultad del juez para concederle un plazo de gracia al contratante incumplidor, (artículo 1124, apartado 3 del CC). En contra de este razonamiento, se ha dicho que este término de gracia es una facultad en desuso, no empleada regularmente por los tribunales.¹¹⁵⁹

Lo anterior es discutible, porque no se atisba una incompatibilidad entre la resolución extrajudicial y la facultad de los jueces para fijarle un plazo de gracia al contratante incumplidor, ya que ambas cosas operan en esferas distintas, pues, la segunda operaría en la resolución judicial.

A pesar de las dudas expresadas por BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO¹¹⁶⁰ y MONTÉS PENADÉS,¹¹⁶¹ principalmente porque se discute el carácter resolutorio de la declaración unilateral del contratante cumplidor, ya que, en general, la doctrina se sustenta sobre la base del artículo 1504 CC, que regula el pacto comisorio. Se discute si la notificación del acreedor tiene eficacia resolutoria, pues es en definitiva el juez el llamado a decretar la resolución de la obligación, aun cuando establezca como fecha de resolución el día en que se realizó la notificación de la misma por parte del acreedor. Además, ¿qué ocurre cuando la notificación de resolución no es contestada por el deudor? Los autores señalan que debe entender, en esta hipótesis, que el deudor está

incluso ya iniciada; en el art. 1700.4.º CC, que admite la extinción de la sociedad «por la voluntad de cualquiera de los socios»; o, en el art. 1732 CC, que contempla la finalización del mandato por la «revocación» del mandante (núm. 1) o por la «renuncia» del mandatario (núm. 2) [...]». ESPIAU ESPIAU, S.: *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Aranzadi Civil–Mercantil vol. I (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1998. En <<http://www.westlaw.es/>>, pág. 1.

¹¹⁵⁹ Cfr.: CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1143.

¹¹⁶⁰ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 461 y ss.

¹¹⁶¹ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Direct.), Op. Cit., págs. 1227 y ss.

aceptando implícitamente la resolución de la obligación, pero ello no es tan claro, porque no estamos frente a un pacto comisorio, sino que a una facultad otorgada por el legislador a favor del contratante cumplidor, que debería ser declarada por el juez.¹¹⁶²

Aun cuando la mayoría de los autores, como se dijo, están de acuerdo con la resolución extrajudicial¹¹⁶³ (ÁLVAREZ VIGARAY, DELL'AQUILA, MONTÉS PENADÉS, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, entre otros).¹¹⁶⁴ Otros autores, como PANTALEÓN PRIETO y SAN MIGUEL PRADENA creen necesaria una reforma del CC, por medio de la cual se admita la resolución unilateral y se regulen sus efectos.¹¹⁶⁵

Dentro de las posibles causas que justifican la admisión de la resolución unilateral, se encuentra el excesivo tiempo que demoran los tribunales de justicia para resolver un juicio de resolución por incumplimiento, lo que atenta contra la rapidez que exige el comercio globalizado. Además, las legislaciones comparadas, así como los textos uniformes europeos,¹¹⁶⁶ siguen la tendencia de aceptar la resolución unilateral por incumplimiento.¹¹⁶⁷

¹¹⁶² Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Manuel Albaladejo García (Direct.), Op. Cit., pág. 1228.

¹¹⁶³ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “Sin embargo, en la actualidad se considera mayoritariamente que cabe tanto un ejercicio judicial como extrajudicial de la resolución [...]”. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., pág. 7.

¹¹⁶⁴ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 464 y ss.

¹¹⁶⁵ Cfr.: *Ibidem*, págs. 466–467.

¹¹⁶⁶ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “[...] Desde que el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por la resolución, ésta despliega sus efectos y, consecuentemente, precluye para el deudor incumplidor la posibilidad de cumplir (a efectos de enervar la resolución); y para el acreedor la de exigir el cumplimiento. El juez o tribunal, cuando hay controversia judicial, se limita a declarar bien hecha la resolución, si se daban los presupuestos para que el acreedor optara por ella; o a denegarla si no se daban –y excepcionalmente también puede conceder plazo si existen causas justificadas: cfr. art. 1124 CC español–. Ésta es la solución del Derecho alemán (§ 323 BGB), del Derecho inglés, del Derecho holandés (art. 267 CC holandés), de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de *UNIDROIT* y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Y es también la que sostiene una línea jurisprudencial y

Conforme a la moderna jurisprudencia,¹¹⁶⁸ no sería necesario demandar la resolución ante los tribunales, para que ésta operara.¹¹⁶⁹ Según esta tesis (atribuida a PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER),¹¹⁷⁰ el juez sólo intervendría cuando existe impugnación de la parte afectada.¹¹⁷¹ En efecto, la Sentencia de 18 de julio de 2012, dispone que: “[...] Esta interpretación [según la cual se requiere pronunciamiento judicial] encontraba apoyo en su precedente francés –el artículo 1184 del Código de

doctrinal mayoritaria en el Derecho español”. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., págs. 6–7.

¹¹⁶⁷ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 468–469.

¹¹⁶⁸ En este sentido, O’CALLAGHAN MUÑOZ señala que: “[...] «la resolución puede ejercitarse ya en vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración resolutoria se impugna por la otra parte quede sometida al examen y sanción de los tribunales, que habrán de declarar en definitiva bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho». (23 enero 1999, A.C. 517/1999)”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1120. Cfr.: PUIG I FERRIOL; GETE–ALONSO Y CALERA; GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, Op. Cit., págs. 136 y 137. En este mismo sentido, DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “La idea de que la resolución es judicial impregna el texto del art. 1124. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido permitiendo, como una medida de facilitación de la vida jurídica y económica, que la resolución pueda producirse a través de declaraciones de voluntad extrajudiciales de las partes, aun puntualizando que, en definitiva, son los tribunales quienes tienen que establecer si la resolución llevada a cabo extrajudicialmente estaba bien o mal hecha y quienes, en definitiva, deben discernir sus consecuencias”. DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., pág. 813.

¹¹⁶⁹ En este sentido, aunque con ciertas dudas, se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO. Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 457–463. Al respecto, *vid. supra*. nota nº 447, pág. 131.

¹¹⁷⁰ Cfr.: *Ibidem*, pág. 456.

¹¹⁷¹ A propósito de la facultad contenida en el artículo 1504 del Código Civil, JORDANO FRAGA ha señalado lo siguiente: “Ante todo, conviene subrayar, que la exigencia del requerimiento formal resolutorio, significa una nueva especialidad del régimen del artículo 1.504, respecto del general del artículo 1.124 Cc. En este último, la parte cumplidora puede instar la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento de su contraparte, extrajudicialmente y sin sujeción a formalidad alguna (aunque, como es natural, asegurándose de que su voluntad resolutoria pueda probarse luego, en caso de que sea discutida). En cambio, en el ámbito del artículo 1.504 Cc., el vendedor sólo puede resolver extrajudicialmente con sujeción a la forma del requerimiento (resolutorio) notarial [la jurisprudencia también admite, como forma del requerimiento resolutorio del artículo 1.504 Cc., la papeleta de conciliación: p. ej., sentencias 30 octubre 1956 (RA 3425) –que cita, en ese mismo sentido, a las de 7 julio 1911 y 3 julio 1917–, 25 mayo 1984 (RA 2547), 30 noviembre 1984 (RA 5698), 22 octubre 1985 (RA 4963), 26 enero 1988 (RA 147), y 12 junio 1989 (RA 4423) –que cita, además de alguna de las precedentes indicadas: 19 julio 1984 (RA 3812), 26 febrero 1985 (RA 775) y 1 junio 1987 (RA 4021)–]”. JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Op. Cit., pág. 38.

Napoleón dispone que *«la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques [...] la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances»*. (La condición resolutoria siempre se sobreentiende en los contratos sinalagmáticos [...] la resolución debe ser pedida en justicia, y puede serle concedido al demandado un plazo según las circunstancias). También el artículo 1453 del Código italiano alude a la demanda ante los tribunales *«Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto [...] Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione»*. (En los contratos con prestaciones corrispettive, cuando uno de los contrayentes no cumple sus obligaciones, el otro puede a su elección demandar el cumplimiento o la resolución del contrato [...] Desde la fecha de la demanda de resolución el incumplidor ya no puede cumplir la obligación.

72. Por el contrario, la moderna jurisprudencia afirma que la facultad resolutoria de los contratos «puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato» – Sentencia 399/2007, de 27 de marzo (RJ 2007, 1982)–. Y que «no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso; derechos o facultades que se actúan normalmente no por medio de una acción, sino de una declaración de voluntad recepticia que genera el efecto deseado una vez producida la notificación del destinatario, de suerte que la intervención de los organismos jurisdiccionales sólo es menester cuando el afectado discuta la eficacia de la declaración potestativa, salvo supuestos excepcionales» (sentencias 1048/2004, de 27 de octubre (RJ 2004, 7196), y 700/2005 de 3 octubre (RJ

2005, 7099))”.¹¹⁷² Por otra parte, la STS de 10 de junio de 2003, refuerza la idea de que es posible ejercitar extrajudicialmente la facultad resolutoria tácita, al señalar que: “En los contratos sinalagmáticos, con prestaciones recíprocas, cada parte contratante puede resolver el contrato ante el incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte, facultad resolutoria que puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente [...]”.¹¹⁷³ Al respecto, la doctrina señala que, en la segunda mitad del s. XIX, la mayoría de los autores (GOYENA, CUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, GÓMEZ DE LA SERNA, MONTALBÁN, entre otros),¹¹⁷⁴ sólo concebían la resolución judicial por incumplimiento, pues, se argumentaba que el juez era el llamado a verificar que se cumplieran los presupuestos de la resolución por incumplimiento, además, esta facultad opera en virtud de una resolución judicial que la declare, por ello, el contrato se considera eficaz hasta que no se reclame la resolución del mismo.¹¹⁷⁵

Asimismo, es dable mencionar la STS de 11 de febrero de 1984 y la STS de 22 de marzo de 1988. La primera se refiere a un contrato de concesión o venta en exclusiva, sin plazo de duración preestablecida y que es desistido en forma unilateral por el concedente (la STS se apoya en las STS de 14 de febrero de 1973 y 17 de diciembre de 1973). La segunda versa sobre un contrato de agencia con pacto de

¹¹⁷² STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/485). Agrega esta misma sentencia que: “[...] Aunque sin ser derecho positivo, con un innegable valor doctrinal, en esta dirección apuntan la propuesta de anteproyecto de modernización del derecho de obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, al disponer, en el artículo 1199, que «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte». Lo propio acontece con los principios de derecho contractual europeo que, en el apartado 1 del artículo 9:303, disponen «el ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte»”. STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/485).

¹¹⁷³ STS de 10 de julio de 2003, (RJ/2003/4339). Al respecto, *vid.* también: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 452.

¹¹⁷⁴ Al respecto, *vid.*: SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Op. Cit., págs. 66–67.

¹¹⁷⁵ *Cfr.*: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 452–456.

exclusivo, desistido unilateralmente por el concedente.¹¹⁷⁶ En esta misma línea, la STS de 15 de febrero de 1993, decreta que la parte perjudicada “[...] puede ejercitarla ya en la vía judicial, ya fuera de ella”.¹¹⁷⁷

En esta línea argumental, la STS de 5 de julio de 1980, (RJ/1980/3085), argumenta que la facultad de resolución unilateral está permitida en el ordenamiento jurídico español, pues, el artículo 1124 del CC consagra el derecho de opción para el contratante cumplidor, facultad que se puede ejercer por vía judicial o bien extrajudicial.¹¹⁷⁸ Menciona la STS los Códigos civiles de Alemania e Italia, que consagran, como se vio, la posibilidad de resolución unilateral, resuelto de manera unilateral por el concedente. El tribunal cita la STS precedente y las por ella mencionadas.¹¹⁷⁹

En la actualidad, la jurisprudencia, como se dijo, ha declarado que la facultad resolutoria puede ejercitarse extrajudicialmente. Con todo, dicha declaración unilateral de voluntad, puede quedar sometida al control del órgano jurisdiccional, en caso de no

¹¹⁷⁶ Cfr.: ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Op. Cit., págs. 6–7.

¹¹⁷⁷ Cfr.: MÉNDEZ y VILALTA, “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, Op. Cit., pág. 13.

¹¹⁷⁸ Sobre este punto, la doctrina moderna ha dicho que: “Cualquiera que sea la opción entre cumplimiento o resolución, el perjudicado por el incumplimiento puede pretender el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos (art. 1.124.II). Los autores están de acuerdo en que el giro (consecuencia de una mala traducción del francés) es equivalente a la indemnización de daños y perjuicios (*vid.* art. 1.101 CC) y en que la norma no impone la indemnización en todo caso, sino que debe considerarse mero recordatorio de que cuando se den sus presupuestos puede concurrir con cualquiera de los términos de la opción [...]”. PUIG I FERRIOL, GETE–ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, 2000, Op. Cit., pág. 142.

¹¹⁷⁹ Cfr.: DE PABLO VARONA, C.: ¿Constituye la resolución extrajudicial de un contrato por incumplimiento un supuesto de resolución por mutuo acuerdo?, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* paraf. 5 (Presentación), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2003. En <<http://www.westlaw.es/>>, págs. 2–3.

ser aceptada por el contratante negligente.¹¹⁸⁰ Asimismo, se ha planteado que es el juez el llamado a declarar, en definitiva, si la resolución se ajusta o no a Derecho.¹¹⁸¹

En síntesis, la opción que otorga el artículo 1224 del CC, puede ejercitarse en forma unilateral por el contratante cumplidor, por cuanto: (a) el propio artículo 1224 CC habla de facultad;¹¹⁸² (b) a diferencia de su modelo francés (artículo 1184 del *Code*),¹¹⁸³ la norma en cuestión, señala que el juez decretará la resolución que se reclame, y no dice que la resolución deberá ser solicitada judicialmente; (c) el juez está facultado para fijarle un plazo de gracia al contratante incumplidor, aun cuando el acreedor haya hecho uso de la facultad resolutoria.¹¹⁸⁴ Sobre este punto, DE PABLO VARONA se pregunta si la resolución extrajudicial de un contrato constituye un caso de resolución por mutuo acuerdo. Pienso que no, por cuanto esta institución no responde al concepto de mutuo acuerdo. En este sentido, la doctrina, en general, ha definido a esta última como un contrato en cuya virtud las partes privan de sus efectos al contrato anteriormente celebrado.¹¹⁸⁵ Así, para MESSINEO: “El mutuo disenso es, en sustancia, un caso de retractación bilateral del contrato, la cual se realiza mediante un nuevo contrato (solutorio y liberatorio) [...]”.¹¹⁸⁶

¹¹⁸⁰ STS de 15 de noviembre de 1999. Cfr.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op.Cit., pág. 1275.

¹¹⁸¹ *Ídem*.

¹¹⁸² Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Op. Cit., pág. 152.

¹¹⁸³ Asimismo, el artículo 1453, (“*Risolubilità del contratto per inadempimento*”), apartado 1º, del CODICE CIVILE también se refiere a que la «resolución» deberá ser solicitada. Esta norma reza lo siguiente: “*Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, L testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., pág. 1653.

¹¹⁸⁴ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 456–457.

¹¹⁸⁵ Cfr.: NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2013, Op. Cit., pág. 378.

¹¹⁸⁶ MESSINEO, F.: *Manual de Derecho civil y comercial*, T. II, Doctrinas Generales, Traducc. de Santiago Sentis Melendo, Prólogo de Vittorio Neppi, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979,

En ciertas STS se ha condicionado la resolución unilateral por incumplimiento a los contratos de tracto sucesivo o duradero, en el cual no se haya dispuesto un término de duración, ni tampoco criterios para establecerla o, habiéndolos establecido, se hubiera estipulado, al mismo tiempo, un sistema de prórrogas que posibiliten transformar al contrato en uno de duración indefinida. A este respecto, se han pronunciado las STS de 21 de octubre de 1966, (RJ/1966/4724), STS de 14 de febrero de 1973, (RJ/1973/4788), STS de 16 de octubre de 1995, (RJ/1995/7408), STS de 17 de octubre de 1995, (RJ/1995/7543), STS de 18 de diciembre de 1995, (RJ/1995/9149), STS de 25 de enero de 1996, (RJ/1996/319), entre muchas otras.¹¹⁸⁷ Ello se justifica, pues, se pretende evitar el vínculo perpetuo de los contratantes.¹¹⁸⁸

Con todo, se ha discutido la siguiente cuestión: ¿la resolución unilateral por incumplimiento requiere de una justa causa o motivo que la fundamente? La jurisprudencia, de forma mayoritaria, se ha pronunciado por la negativa, pues, cuando se pacta entre los contratantes la facultad resolutoria unilateral, basta para que ella opere que el afectado le comunique a la contraparte su intención de resorver la obligación incumplida, sin necesidad de esgrimir fundamento alguno (STS de 21 octubre de 1966, STS de 14 febrero de 1973 y STS de 25 enero de 1996). Asimismo, la jurisprudencia ha admitido el desistimiento unilateral en los contratos de larga duración, considerándolo una facultad implícita de los mismos, y sin necesidad de fundarlo en una justa causa, (STS de 17 de diciembre de 1973, STS de 6 de marzo de 1978, STS de 21 de abril de 1979, STS de 11 de febrero de 1984, STS de 19 de diciembre de 1985, STS de 3 de julio de 1986, STS de 30 de junio de 1987, STS de 22 de marzo de 1988, STS de 16 de septiembre de 1988, STS de 27 de febrero de 1989, STS de 21 de diciembre de 1992,

pág. 522.

¹¹⁸⁷ Cfr.: ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Op. Cit., págs. 6–7.

¹¹⁸⁸ Así lo dispone la STS 9 octubre 1997, al decretar que, según la tradición jurídica y la doctrina científica y el CC: “[...] resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas [...], por lo que les asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas [...]”. Cfr.: *Ibíd*em, pág. 4.

STS de 24 de febrero de 1993, STS de 27 de mayo de 1993, STS de 9 de octubre de 1997,¹¹⁸⁹ STS de 18 de julio de 2012, STS de 27 de junio de 2011, STS de 22 de junio de 2011, STS de 8 de marzo de 2011, STS de 19 de julio de 2010, STS de 12 de mayo de 2008, STS de 3 de abril de 2007, STS de 22 de abril de 2005 y la STS de 27 de octubre de 2004.¹¹⁹⁰

Por su parte, en la STS de 16 de octubre de 1995, (RJ/1995/7408), el TS realiza una doble exigencia: (a) preaviso o notificación y (b) justa causa. La STS se fundamenta en la mala fe de la sociedad recurrente, pues, su actuación significó la disminución de las ventas de los distribuidores, producto de su conducta desleal (venta de productos de manera directa a los clientes, contraviniendo las zonas asignadas a aquéllos).¹¹⁹¹ En este punto, la doctrina comparada (principalmente italiana, sobre la base de autores alemanes), distingue entre desistimiento ordinario y extraordinario, conforme al artículo 1373 del *Codice civile*,¹¹⁹² aunque no existe un criterio definitivo para realizar la distinción. Por ello, la moderna doctrina italiana lo clasifica en desistimiento *ad nutum* y desistimiento con justa causa, distinguiéndose conforme a un criterio discrecional, la posibilidad de su ejercicio.¹¹⁹³ Al respecto, creo que la resolución unilateral por incumplimiento constituye una posibilidad que beneficia al acreedor, usualmente

¹¹⁸⁹ Cfr.: ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Op. Cit., pág. 7. En este sentido, *vid.* también: SAP de Lugo, de 5 de junio de 2003, (JUR/2003/246923).

¹¹⁹⁰ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 142.

¹¹⁹¹ Cfr.: DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 99–105.

¹¹⁹² El artículo 1377 del CODICE CIVILE, (“*Recesso unilaterale*”), dispone que: “*Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche sucesivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. E salvo in ogni caso il patto contrario*”. Cfr.: BUONCRISTIANO, CIRILLO, CIFFARO y ROSELLI, *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la doctrina e annotati con la giurisprudenza*, Op. Cit., págs. 1552–1553.

¹¹⁹³ Cfr.: KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1997, págs. 34–35.

personificado en grandes intereses comerciales, que podría erigirse en una declaración abusiva e infundada, que lesione los intereses del deudor.¹¹⁹⁴ Existe una jurisprudencia minoritaria, según la cual es necesaria una justa causa o motivo que la fundamente, así lo decreta, v. gr., la STS de 22 de marzo de 1988, (RJ/1988/2224). Es decir, se exige no sólo que el desistimiento unilateral esté conforme a los postulados de la buena fe y equidad, sino que además, tenga una justa causa que lo legitime. Esta opinión, sin duda, limita la resolución unilateral, argumentando que de no ser así, podría incurrirse en un ejercicio abusivo del derecho de crédito por parte de su titular. La pregunta que surge a continuación es ¿cuál es la justa causa que justifica la resolución unilateral? La jurisprudencia ha sido ambigua en cuanto a este punto, pues existen tres hipótesis que tratan de explicar cual es la justa causa que fundamenta la resolución unilateral: (a) podría ser la lesión o perjuicio económico que experimenta el contratante cumplidor, (STS de 6 marzo de 1978); (b) la modificación sobrevenida de las circunstancias existentes al tiempo de contratar, o, por último, (STS de 22 marzo de 1988), (c) el incumplimiento en el que no se dan los requisitos que exige el artículo 1124 del CC,¹¹⁹⁵ (STS de 16 octubre de 1995).¹¹⁹⁶

La doctrina, en general, ha señalado que es presupuesto fundamental de la resolución o desistimiento unilateral, un preaviso o notificación ejecutada con la debida

¹¹⁹⁴ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., pág. 468.

¹¹⁹⁵ En este sentido, hay que señalar que la STS de 12 de noviembre de 2004, (RJ/2004/1087), decreta que al no celebrarse un acuerdo por los contratantes, en virtud del cual se haya estipulado un contrato de ejecución sucesiva durante cierto lapso, sino que un acuerdo marco en que se establecían las bases a que se sujetaban los servicios que Cosmellí, S. A., requiriese de Trap, S. A. la suspensión de dichos servicios por la actora reconvenida no puede considerarse como una resolución unilateral del contrato, al tratarse de prestaciones individuales, consideradas cada una como un contrato de transporte que se acuerdan conforme a las reglas contenidas en el convenio marco”. STS de 12 de noviembre de 2004, (RJ/2004/1087). Por su parte, la STS de 20 de junio de 1980, acepta la intimación o aviso que realiza el acreedor al deudor, fijándole un plazo para que cumpla y, advirtiéndole que, transcurrido dicho término, la obligación quedará resuelta. Cfr.: MÉNDEZ y VILALTA, “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, Op. Cit., pág. 14.

¹¹⁹⁶ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Op. Cit., págs. 9 y 10.

anticipación. Sin ser una obligación jurídica, la necesidad de otorgar un preaviso, constituye un deber o carga jurídica, que se sustenta en el principio de la buena fe. Particularmente importante resulta en los contratos de duración indefinida, pues, en ellos se erige como un mecanismo protector, encaminado a evitar que se produzca un daño o perjuicio al contratante incumplidor. Sobre el punto anterior, la doctrina italiana se ha preguntado cual es la verdadera eficacia de este preaviso. Al respecto se plantean dos posibilidades: (a) la llamada eficacia real del preaviso, que supone la invalidez de la resolución unilateral, cuando no se realiza el preaviso; (b) eficacia obligatoria, que significa que si no se efectúa la notificación dentro del plazo de preaviso, la resolución no se ve afectada. En este último caso, el contratante cumplidor deberá indemnizar los daños y perjuicios que se le causare al contratante incumplidor.¹¹⁹⁷ Frente a este dilema, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ prefiere la segunda posibilidad, fundado en el carácter incoercible de las prestaciones originadas en las obligaciones de hacer, pues, no parece razonable mantener la eficacia de un contrato, por no haberse efectuado el preaviso de forma legal, ya que el remedio menos conflictivo, en este caso, es la terminación del mismo.¹¹⁹⁸ En torno a esta cuestión, la jurisprudencia se ha mostrado ambigua porque en unos casos ha negado la exigencia de notificación, como un elemento constitutivo de la resolución unilateral, v. gr., la STS de 9 de octubre de 1997, (RJ/1997/7107), que se pronunció respecto de la eficacia de un contrato de licencia de marca. La Audiencia Provincial había decretado la resolución unilateral de un contrato de licencia de marca, la parte afectada interpuso un recurso de casación, por estimar arbitraria la resolución. La STS resechó el recurso, sobre la base de la facultad que le asiste a las partes para desistir de un contrato de duración indefinida, apoyada en el principio de la buena fe, en el abuso del derecho y en varias sentencias que así lo han

¹¹⁹⁷ Cfr.: DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Op. Cit., págs. 85-87.

¹¹⁹⁸ Cfr.: *Ibidem*, págs. 88-90.

decretado. En conclusión, el preaviso o notificación no es un elemento constituyente de la resolución unilateral, pero que debe ser tenido para ciertos casos.¹¹⁹⁹

En otras sentencias, el TS ha exigido el preaviso o notificación como elemento constitutivo de la resolución unilateral. En este marco, se pueden señalar las STS de 21 de abril de 1979, (RJ/1980/931) y STS 21 de 19 de diciembre de 1985, (RJ/1985/6600). En el primer caso, el TS hace especial hincapié en la necesidad de otorgar un preaviso, cuando uno de los contratantes desea desistirse unilateralmente del contrato. Igual razonamiento realiza la STS de 19 de diciembre de 1985.¹²⁰⁰ También se pronuncia en este sentido, la STS de 18 de diciembre de 1995, (RJ/1995/9149), en ésta, el TS asocia la omisión del preaviso a la arbitrariedad del desistimiento unilateral.¹²⁰¹

La STS de 27 de junio de 2011, consagra la facultad resolutoria como un derecho potestativo, que se ejecuta por una declaración de voluntad recepticia, dirigida al contratante incumplidor y no sujeta a formalidad alguna. En este sentido se pronuncian CARRASCO PERERA¹²⁰² y FARRÉ ALEMÁN.¹²⁰³ Lo importante es que la lealtad contractual y la buena fe, suponen que el deudor debe tomar conocimiento de esta declaración de voluntad. Así lo ha decretado la jurisprudencia: STS de 12 de mayo de 2008.¹²⁰⁴ Conviene señalar, en este punto, que en caso de que alguna de las partes, o ambas, sean subjetivamente compuestas o complejas, *v. gr.*, dos personas copropietarias de una cosa, proceden a venderla, existen dos opiniones: (i) si el objeto de la relación

¹¹⁹⁹ Cfr.: DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Op. Cit., págs. 94–97.

¹²⁰⁰ Cfr.: *Ibidem*, págs. 97–98.

¹²⁰¹ Cfr.: *Ibidem*, págs. 99–101.

¹²⁰² En este sentido, CARRASCO PERERA señala que: “La resolución correctamente declarada será eficaz para terminar la relación jurídica cuando llegue a conocimiento del deudor en los términos del art. 1262 CC, que debe aplicarse por analogía”. CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1141.

¹²⁰³ Cfr.: FARRÉ ALEMÁN, *Código civil comentado y concordado*, Op. Cit., pág. 1069.

¹²⁰⁴ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 147–148. Incluso la resolución judicial puede ser deducida como excepción procesal. Cfr.: *Ibidem*, pág. 149.

obligatoria es divisible (puede ser tanto desde el punto de vista activo o como pasivo), ello permite solicitar la resolución parcial de la misma. Es decir, en este caso el incumplimiento de una parte de la obligación genera la posibilidad de pedir la resolución de dicha parte incumplida; (ii) una segunda opinión ha postulado que la resolución constituye un acto de disposición del crédito, aplicándosele los artículos 1136 y 1138 del CC. Por ello, se considera que la prestación de la relación jurídica es una e indivisible, y por ello, impide la posibilidad de pedir la resolución parcial de la obligación.¹²⁰⁵

Por último, de conformidad con la moderna doctrina, existen tres formas de resolver un contrato bilateral por incumplimiento: (a) por resolución convencional o voluntaria; (b) por resolución unilateral del acreedor¹²⁰⁶ y (c) por resolución judicial.¹²⁰⁷

4.– TRES CUESTIONES EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN.

4.1.– PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE CUMPLIMIENTO FORZADO Y RESOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN.

Primero que todo, se debe señalar que la doctrina plantea que la facultad resolutoria constituye la regla general para las obligaciones sinalagmáticas, ya que ella puede ser modificada o alterada por la autonomía privada.¹²⁰⁸ Es decir, las normas que

¹²⁰⁵ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., págs. 820–821.

¹²⁰⁶ Vid.: O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., págs. 1118 y 1119.

¹²⁰⁷ Cfr.: MÉNDEZ y VILALTA, “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, Op. Cit., pág. 14.

¹²⁰⁸ Al respecto, vid.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8236–8238; RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*, Op. Cit., pág. 105.

regulan el derecho de opción tienen el carácter de dispositivas, toda vez que las partes pueden disponer una solución distinta de la legal, pactando su agravación e insertando una condición resolutoria expresa en el contrato.¹²⁰⁹

La acción resolutoria y la acción de cumplimiento forzado de la obligación, prescriben en el plazo general de quince años, toda vez que estas acciones no tienen fijado otro plazo¹²¹⁰ (LACRUZ BERDEJO menciona, en este sentido, las STS de 20 de febrero y 11 de julio de 1984, 16 de junio de 1992, 5 de noviembre de 1993, entre otras).¹²¹¹ Así lo dispone el artículo 1964 del Código Civil: “La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince”.¹²¹²

En honor a la verdad, también se ha planteado que las acciones que derivan del incumplimiento resolutorio en las obligaciones recíprocas, prescriben en el plazo de

¹²⁰⁹ Cfr.: PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Op. Cit., pág. 132.

¹²¹⁰ Cfr.: O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, 2012, Op. Cit., pág. 79; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., pág. 137. Al respecto, *vid. supra*, nota nº 815, pág. 235.

¹²¹¹ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHEZ REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 198.

¹²¹² En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “La jurisprudencia ha dicho que por esa razón [por aplicación de la regla general del artículo 1964 CC] la acción de resolución dura quince años (sentencias de 24 septiembre 1930, 12 marzo 1965, 20 diciembre 1977, 30 junio 1983, 11 julio, 22 octubre, 30 noviembre 1984, 4 noviembre 1994, y también la de 14 noviembre 1927, que aunque no dice que dure quince años, sino que sólo excluye que se aplique el art. 1.299, sin embargo, sirve de apoyo a que, a falta de analogía del art. 1.299, se aplique el 1.964). pero también se ha aplicado el art. 1.299, en vez del 1.964, y entendido que dura cuatro años (sentencia de 3 diciembre 1928 y también las de 14 octubre 1914, 17 marzo 1958, cuyas argumentaciones lo presuponen). Muchos autores dicen que dura quince años, e invocan en apoyo de esto las sentencias de 14 octubre 1914 y 24 septiembre 1930, silenciando las demás a favor y en contra. Ahora bien, la de 14 octubre 1914 no sólo no mantiene la tesis de los quince años, sino que presupone la contraria (véanse los hechos del caso, el motivo tercero del recurso y el último considerando), y el aducirla en apoyo de dicha tesis sin duda que viene motivado porque es citada por la de 24 septiembre 1930 (que realmente sí la apoya), mas lo es en orden a otro extremo”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 123.

cuatro años a que se refiere el artículo 1269 CC (con relación a la acción rescisoria).¹²¹³ Frente a ello, DE COSSIO Y CORRAL expresa que: “Tiene declarado la jurisprudencia que la acción resolutoria derivada del art. 1.124 no está al plazo de prescripción de cuatro años que el art. 1.299 señala para la acción rescisoria, sino al de quince años¹²¹⁴ establecido por el art. 1.964 para las acciones personales que no tenga señalado un término especial”.¹²¹⁵ La jurisprudencia así lo que decretado, v. gr., la STS de 5 de octubre de 2005, (RJ/2005/774) dispone que: “[...] a) En forma alguna puede estimarse producida la prescripción de la acción resolutoria ejercitada por la actora pues, tratándose de una acción de carácter personal para cuyo ejercicio la ley no ha establecido plazo especial, rige el general de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código Civil, que no se ha cumplido; sin que resulte de aplicación el de cuatro años previsto por el artículo 1.299 del mismo Código para las acciones rescisorias, según se mantuvo en la contestación a la demanda [...]”.¹²¹⁶

No es necesario haber cumplido la obligación, y este incumplimiento es consecuencia del incumplimiento resolutorio de la contraparte.¹²¹⁷ Asimismo, en caso de que las obligaciones se hagan exigibles en diferentes fechas (por la existencia de un plazo o una condición), se estará al primer vencimiento para computar el término de quince años.¹²¹⁸

¹²¹³ Cfr.: RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*, Op. Cit., págs. 105–106.

¹²¹⁴ Cfr.: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 2171.

¹²¹⁵ DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 297.

¹²¹⁶ STS de 5 de octubre de 2005, (RJ/2005/774).

¹²¹⁷ La expresión “incumplimiento resolutorio” es utilizada por Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, para hacer alusión al “[i]ncumplimiento idóneo para fundar una pretensión de resolución”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 842.

¹²¹⁸ Cfr.: NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2013, Op. Cit., pág. 167.

La jurisprudencia ha reiterado, en varias sentencias, que el plazo de prescripción quince años, tiene aplicación para todas las acciones que no tengan fijado un término especial. Así, se pueden mencionar las siguientes sentencias: STS de 1 de octubre de 2014, n° recurso 2060/2013; STS de 2 de julio de 2014, (RJ/2014/375); STS de 19 de diciembre de 2013, (RJ/2013/831); STS de 29 de octubre de 2013, (RJ/2013/649); STS de 21 de octubre de 2013, (RJ/2013/609); STS de 9 de mayo de 2013, n° recurso 3423/2010; STS de 4 de abril de 2013, (RJ/2013/192); STS de 8 de marzo de 2013, (RJ/2013/109); STS de 27 de diciembre de 2012, (RJ/2012/807); STS de 4 de octubre de 2012, (RJ/2012/554); STS de 17 de mayo de 2012, n° recurso 6432/2011; STS de 30 de diciembre de 2010, (RJ/2010/747); STS de 1 de octubre de 2010, (RJ/2010/622); STS de 21 de abril de 2009, (RJ/2009/208); STS de 23 de enero de 2009, (RJ/2009/10); STS de 17 de julio de 2008, (RJ/2008/728); STS de 16 de julio de 2008, (RJ/2008/685); STS de 5 de mayo de 2008, (RJ/2008/320); STS de 16 de abril de 2008, n° de recurso 449/2006; STS de 17 de julio de 2007, (RJ/2007/857); STS de 27 de abril de 2006, n° recurso 50/2005; STS de 30 de marzo de 2006, (RJ/2006/334); STS de 18 de julio de 2005, (RJ/2005/569); STS de 22 de marzo de 2002, n° de recurso 11457/1998; STS de 21 de junio de 1996, (RJ/3005/1995); STS de 29 de mayo de 1996, (RJ/1996/441) y la STS de 28 de septiembre de 1994, (RJ/1994/854).

Además también, la jurisprudencia, en forma expresa, ha dicho que el plazo para deducir las acciones que emanen del artículo 1124 CC es de quince años, contados desde la fecha del incumplimiento del contrato.¹²¹⁹ Se han pronunciado en este sentido: STS de 14 de octubre de 2014, n° recurso 2159/2013; STS de 8 de abril de 2014, n° recurso 1503/2013; STS de 27 de febrero de 2014, (RJ/2014/76); STS de 30 de noviembre de 2011, (RJ/2011/987); STS de 24 de febrero de 2010, (RJ/2010/36); STS de 17 de febrero de 2010, (RJ/2010/35); STS de 21 de abril de 2008, (RJ/2008/274);

¹²¹⁹ Al respecto, *vid.*: FARRÉ ALEMÁN, *Código civil comentado y concordado*, Op. Cit, pág. 2182.

STS de 13 de septiembre de 2007, (RJ/2007/984) y la STS de 22 de abril de 1991, (RJ/1991/292).

4.2.– DEL DERECHO A SOLICITAR UNA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

De la lectura del artículo 1124 CC, es claro el derecho que tiene el contratante cumplidor para solicitar el resarcimiento de daños y el abono de los intereses, tanto si pide la resolución como el cumplimiento forzado de la obligación.¹²²⁰ Dicho de otra manera, del incumplimiento se deriva, además de la posibilidad para pedir el cumplimiento o la resolución, una acción para resarcir daños y perjuicios,¹²²¹ siempre que el incumplimiento le sea imputable a uno de los contratantes, pues, si el incumplimiento obedece a una imposibilidad sobrevenida de la prestación, solamente se deberá restituir lo recibido, pero no pagar una indemnización de daños y perjuicios.¹²²²

La frase “abono de intereses”, debe ser entendida, según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, como la indemnización a que tiene derecho el contratante cumplidor en las obligaciones pecuniarias (artículos 1108 y ss. CC y 1147).¹²²³ Por ello, la expresión “abono de intereses” se puede subsumir en la expresión genérica de “daños

¹²²⁰ Con relación a los daños y perjuicios indemnizables en materia contractual, *vid.*: MONTES, Á. C.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1989, págs. 224 y ss.; MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010, págs. 93 y ss.

¹²²¹ *Cfr.*: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 205.

¹²²² *Cfr.*: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 189 y 190. Al respecto, *vid.* también: DE LA HAZA DÍAZ, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Op. Cit., pág. 148.

¹²²³ Al respecto, *vid.*: MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T.: *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código civil*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Ed., Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pág. 148.

y perjuicios”.¹²²⁴ Desde este punto de vista, DE COSSIO Y CORRAL expresa que la expresión abono de intereses e indemnización de daños y perjuicios son sinónimas, “[l]o que nos lleva a admitir que en tal concepto deberá considerarse incluido el llamado interés contractual negativo y el positivo, es decir, la exigencia del lucro que se hubiera podido obtener mediante la ejecución del contrato, y los daños que se hubieran irrogado a su patrimonio como consecuencia del incumplimiento que determinó la resolución”.¹²²⁵ Respecto del primero se pronuncia la STS de 28 de enero de 1961, (RJ/1961/296), que dispone: “[q]ue se resarzan los daños y se abonen los intereses, frases que sinónimas a la indemnización de daños y perjuicios implican en cuanto a estos que son los más discutidos, una falta de aumento del patrimonio de quien ha instado y obtenido la resolución contractual, que no se hubiere producido con el exacto cumplimiento de la obligación, o sea un *«lucrum cessans»* como ganancia que ha dejado de obtener”.¹²²⁶

La indemnización de daños y perjuicios, a propósito del derecho de opción, supone un dilema: la resolución con efectos retroactivos y eficacia *ex tunc*, beneficia al contratante cumplidor que pide la resolución de la obligación, lo que supone una contradicción entre la resolución con efectos extintivos y restauradores, sumados a una indemnización de daños y perjuicios. Por ello se ha dicho que no procede el interés

¹²²⁴ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 875.

¹²²⁵ DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 297.

¹²²⁶ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 566. Al respecto *vid.* también: STS de 30 de octubre de 2014, (RJ/2014/601); STS de 24 de octubre de 2014, n° recurso 5239/2011; STS de 2 de octubre de 2014, n° recurso 2229/2012; STS de 2 de octubre de 2014, (RJ/2014/506); STS de 1 de octubre de 2014, n° recurso 1784/2013; STS de 26 de septiembre de 2014, (RJ/2014/321); SAN (Madrid) de 13 de octubre de 2014, n° recurso 29/2014; SAP de Madrid de 13 de octubre de 2014, (AC/2014/85); STS de 25 de julio de 2014, (RJ/2014/437); STS de 14 de enero de 2014, (RJ/2013/537); STS de 1 de julio de 2013, (RJ2013/438); STS de 10 de abril de 2013, (RJ/2013/218); SAP de La Rioja de 20 de marzo de 2012, (AC/2012/88); STS de 7 de diciembre de 2009, (RJ/2009/772); STS de 15 de julio de 2009, (RJ/2009/508); STS de 11 de mayo de 2007, (RJ/2007/541); STS de 24 de julio de 2006, n° recurso 776/2005; STS de 26 de junio de 2006, (RJ/2006/652); STS de 12 de marzo de 2004, (RJ/2004/203); STS de 10 de mayo de 2001, n° recurso 384/1996; STS de 14 de marzo de 2001, n° recurso 141/1996; STS de 10 de junio de 2000, (RJ/2000/585).

positivo o interés de incumplimiento.¹²²⁷ Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, las soluciones en este caso, pueden ser: “1.^a Negar al contratante que resuelve la relación obligación el derecho al resarcimiento, considerando que su derecho queda satisfecho con la resolución por la que él mismo opta y con la recuperación o restitución de su prestación. 2.^a Reconocer al contratante que resuelve la relación obligatoria el interés contractual negativo. 3.^a Reconocerle el interés contractual positivo. 4.^a Otorgar opcional o acumulativamente ambos módulos de resarcimiento”.¹²²⁸ La primera fue acogida por los pandectistas y luego por el *BGB*, sobre la base de la incompatibilidad entre la indemnización de daños y perjuicios y la resolución contractual. La segunda idea fue planteada en Italia por CARNELUTTI, apoyándose en la pandectística germana y en el efecto retroactivo de la resolución. El CC se apoya, según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, en la teoría del resarcimiento del interés positivo, constituyendo la opinión mayoritaria de la doctrina española, toda vez que decretada la resolución de la obligación, ésta no se aplica con un efecto retroactivo absoluto. Además, la restitución de las cosas dadas o entregadas en virtud del contrato resuelto, no se puede confundir con la indemnización de daños y perjuicios, ya que, como lo plantié precedentemente, la segunda se apoya en el incumplimiento negligente de uno de los contratantes. La restitución no despliega bajo ninguna circunstancia una eficacia resarcitoria.¹²²⁹ En esta línea argumental, CLEMENTE MEORO entiende que se debe indemnizar solamente el interés positivo, ya que el contratante cumplidor que solicita la resolución, está renunciando a la prestación, lo que significa que no está renunciando al lucro cesante. CLEMENTE MEORO señala dos argumentos para afirmar su tesis: “[...] 1^a La resolución no es, según ya ha sido señalado, un supuesto de ineficacia contractual sobrevenida del contrato, ni estructural ni funcionalmente. [...] 2^a Tampoco el carácter retroactivo de la resolución puede servir para descartar que el artículo 1.124 C. C. tutele

¹²²⁷ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 875.

¹²²⁸ *Ídem*.

¹²²⁹ Cfr.: *Ibidem*, págs. 875–876.

el interés contractual positivo [...]”.¹²³⁰ Además, podría pedir la indemnización del daño contractual negativo, cuando éste es mayor que el positivo o simplemente cuando no existe daño positivo. Ello se lograría a través de la aplicación de otras normas del CC (sobre incumplimiento contractual) y principios jurídicos, (enriquecimiento sin causa y buena fe contractual).¹²³¹ La jurisprudencia ha ordenado la indemnización del interés contractual positivo y negativo.¹²³² En cambio, para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: “Aceptada la procedencia de la indemnización con carácter general, en caso de resolución del contrato, lo que está claro es que ésta consistirá en el interés contractual negativo del acreedor, esto es, tratará de colocar al sujeto en la situación patrimonial en que se encontraría si la relación obligatoria no se hubiera constituido [...]”.¹²³³ El artículo 1124, apartado 2º CC, al parecer se refiere al interés contractual negativo, toda vez que la resolución por incumplimiento genera efectos retroactivos, lo que significa la renuncia del contratante cumplidor a pedir el cumplimiento forzado de la obligación, razón por la cual no procedería indemnizar el interés contractual positivo (interés de cumplimiento). De acogerse el interés positivo, supondría un desequilibrio entre las partes, toda vez una de las partes no cumplió con su deber, pero si recibió la prestación de la contraparte. Además, se estaría desvirtuando el precepto del artículo 1124 CC, esto es, el derecho de opción, pues sería lo mismo escoger la resolución y el cumplimiento forzado de la obligación, para determinar qué es lo que se debe indemnizar por daños y perjuicios.¹²³⁴

¹²³⁰ CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 566.

¹²³¹ Cfr.: CLEMENTE MEORO, “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, *Código civil comentado, vol. III, Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, Op. Cit., págs. 237–238.

¹²³² Al respecto, *vid.*: STS de 1 de julio de 2013, (RJ/2013/438).

¹²³³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 191.

¹²³⁴ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 560–563.

El fin de la acción indemnizatoria a que se refiere el artículo 1124 CC, no es otro que colocar al contratante cumplidor en la misma situación que se encontraba antes de la celebración del contrato, evitando así, un enriquecimiento sin causa.¹²³⁵ Tiene, por tanto, una finalidad retroactiva, porque el incumplimiento de la obligación supone un daño para el contratante cumplidor.¹²³⁶ Al respecto, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR señala que: “La indemnización sirve así para conseguir el objetivo de la resolución: reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato”.¹²³⁷ Con todo, para la STS de 21 de octubre de 2011, (RJ/2011/716), dispone que: “El fundamento del derecho a la reclamación de los daños y perjuicios derivado del artículo 1124 CC está en el resarcimiento del contratante cumplidor, no está en la proscripción del enriquecimiento injusto (como ocurre en el caso de las acciones de reembolso, SSTS de 29 de noviembre de 1997, RC n.º 2852/1993, 28 de junio de 2010, RIP n.º 1146/2006)”.

Dicho lo anterior, pienso que el derecho de opción se funda en la actitud negligente del contratante incumplidor. Por ello, de existir daños y perjuicios, éstos deben ser indemnizados por aquél, pues derivan del hecho imputable al contratante incumplidor (incumplimiento contractual). En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, ésta comprendería no sólo el daño de carácter patrimonial, sino que también el perjuicio moral. Así, en general, la doctrina ha dicho que en materia de incumplimiento contractual cabe la indemnización del daño moral.¹²³⁸ Con relación a

¹²³⁵ Cfr.: CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., pág. 1035.

¹²³⁶ Cfr.: GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 208.

¹²³⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., pág. 189.

¹²³⁸ Cfr.: ESPIAU ESPIAU, S.: “La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez; Jorge Caffarena Laporta; José M.ª Miquel González; Vicente L. Montés Penadés; Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador), T. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003, pág. 1789.

esta indemnización de daños y perjuicios, ALBALADEJO GARCÍA señala lo siguiente: “Los daños que han de indemnizarse son cualesquiera producidos. Y no sólo los sufridos hasta determinada fecha (sentencia de 25 enero 1929). La sentencia de 7 de diciembre de 1896 señaló los intereses del precio abonado por la parte cumplidora, los gastos de escritura, los derechos reales (entonces) pagados, y cualquier otro gasto satisfecho por razón del contrato resuelto”.¹²³⁹

La indemnización de daños y perjuicios, no procede siempre que se interponga la acción de cumplimiento forzado o resolutoria, (v. gr., cuando se trata de un caso fortuito o fuerza mayor, la resolución de la obligación no dará lugar a indemnización de daños y perjuicios). Con todo, el monto de la indemnización tampoco será igual, en las acciones de cumplimiento forzado y resolutoria.¹²⁴⁰ Se debe agregar que el contratante cumplidor deberá probar la existencia y monto de los daños y perjuicios, toda vez que el incumplimiento no supone necesariamente la existencia de los mismos,¹²⁴¹ aun cuando, el incumplimiento, por regla general genera un perjuicio: la frustración de los fines o economía del contratante cumplidor, sea material o moral.¹²⁴²

Como se esbozó en el párrafo anterior, los daños y perjuicios que se pretendan reparar, son diferentes, tratándose del cumplimiento forzado y de la resolución, respectivamente. En el primer caso, se indemnizará por el contratante incumplidor el llamado interés contractual positivo, esto es, se deberá comparar la situación en que

¹²³⁹ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 122.

¹²⁴⁰ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 201.

¹²⁴¹ Cfr.: RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*, Op. Cit., pág. 106.

¹²⁴² Cfr.: O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, 2012, Op. Cit., pág. 79.

actualmente se encuentra el contratante cumplidor y la situación en que estaría, si el contratante incumplidor hubiera cumplido la obligación de forma exacta, oportuna e íntegra; en cambio, cuando se alega la resolución de la obligación, al contratante cumplidor se le reparará el interés contractual negativo.¹²⁴³ Éste es el resultado de comparar la situación en que actualmente se encuentra el contratante cumplidor con la situación en que se encontraba al tiempo de celebrar el contrato.¹²⁴⁴

Por último, se debe tener presente que la indemnización de daños y perjuicios, procede toda vez que el contratante cumplidor pruebe los daños y perjuicios efectivamente sufridos, lo contrario significaría un enriquecimiento sin causa.¹²⁴⁵ Así lo ha confirmado el TS en varias sentencias: STS de 10 de enero de 1985, (RA/169), STS de 29 de noviembre de 1985, (AC/185/86), STS de 14 de octubre de 1988, (AC/98/89), STS de 17 de abril de 1989, (AC/774/89), STS de 5 de junio de 1989, (AC/910/89), STS de 22 de junio de 1989, (AC/984/89), STS de 15 de noviembre de 1989, (AC/228/90), STS de 17 de julio de 1990, (AC/933/90), STS de 24 de julio de 1990, (AC/959/90), STS de 29 de noviembre de 1990, (AC/188/91), STS de 13 de febrero de 1991, (AC/344/91), STS de 22 de abril de 1991, (AC/617/91), STS de 30 de enero de 1992, (AC/527/92), STS de 18 de marzo de 1992, (AC/750/92), STS de 21 de diciembre de 1992, (AC/442/93), STS de 18 de febrero de 1993, (AC/589/93), STS de 7 de abril de 1993, (AC/873/93), STS de 26 de julio de 1993, (AC/29/94), STS de 11 de diciembre de 1993, (AC/404/94), STS de 15 de febrero de 1994, (AC/630/94), STS de 17 de mayo de 1994, (AC/1006/94), STS de 21 de mayo de 1994, (AC/982/94), STS de 14 de octubre de 1994, (AC/8/95), STS de 6 de abril de 1995, (AC/712/95), STS de 7 de

¹²⁴³ Al respecto, *vid.*: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., págs. 202 y ss.

¹²⁴⁴ *Cfr.*: NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2013, Op. Cit., pág. 168.

¹²⁴⁵ Al respecto, *vid.*: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1008; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., págs. 1070 y 1071.

noviembre de 1995, (AC/78/96), STS de 19 de noviembre de 1996, (AC/230/97), STS de 13 de diciembre de 1996, (AC/318/97), STS de 31 de marzo de 1997, (AC/694/97) y la STS de 13 de mayo de 1997, (AC/824/97).¹²⁴⁶ Asimismo, al Auto del TS de 21 de octubre de 2014, dispone que: “[c]on base en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que admite la declaración de existencia de daños y perjuicios cuando el incumplimiento contractual implique necesaria y notoriamente un perjuicio o de los hechos se desprenda fatal y necesariamente su realidad, por lo que su apreciación se impone por su misma evidencia, de conformidad con el principio *in re ipsa loquitur*”.¹²⁴⁷ La excepción a lo anterior se da cuando existe una cláusula penal. Así lo dispone la STS de 23 de octubre de 2014, (RJ/2014/597), que establece: “[...] La cláusula penal tiene una básica función coercitiva por la que el deudor está doblemente obligado a cumplir la obligación, tanto por la *lex contractus* (artículo 1091 del Código civil) como por la aplicación de tal cláusula que exime al acreedor a la carga de la prueba de daños y perjuicios (artículo 1152). Asimismo, su función liquidadora sustituye los daños y perjuicios que se hayan podido producir, sin necesidad de prueba, como dice el artículo 1152 y explica la sentencia de 18 julio 2005 en estos términos [...]”.¹²⁴⁸

Conviene hacer alusión a la STS de 30 de diciembre de 2003, que dispone: “[...] Como señaló la sentencia de esta Sala de 30 de julio de 1994, la obligación restitutoria está encaminada a evitar enriquecimientos injustos o sin causa por uno de los contratantes, y a obligar necesariamente a la contraparte a la promoción de un nuevo litigio”.¹²⁴⁹ Por su parte, la STS de 16 de septiembre de 2014, nº recurso 2252/2013, dispone que: “Por último, es de señalar que tras la prueba practicada, la sentencia no

¹²⁴⁶ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Op. Cit., págs. 211–212.

¹²⁴⁷ Auto TS de 21 de octubre de 2014, nº recurso 2576/2013. Cfr.: <www.vlex.com>.

¹²⁴⁸ STS de 23 de octubre de 2014, (RJ/2014/597).

¹²⁴⁹ Cfr.: CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., pág. 1035.

considera aplicable la teoría de la destrucción del negocio ya que no se ha acreditado enriquecimiento desproporcionado ni la existencia de imprevisibilidad ya que las partes conocían perfectamente los riesgos del contrato, que fueron asumidos por ambas. A modo de cierre, ha de señalarse que la causa última del resultado del presente procedimiento radica en el propio contenido literal del contrato, pactado libremente por ambas partes, cuya cláusula 6.4 manifiesta que la resolución por la concurrencia de alguna de las condiciones resolutorias anteriores no genera a favor de ninguna de las partes derecho a percibir de la otra indemnización alguna [...].¹²⁵⁰ Asimismo, la STS de 13 de junio de 2014, (RJ/2014/299), dispone que: “[...] al haber desaparecido la causa del contrato de compraventa determinaba la resolución contractual al amparo del art. 1124 CC al frustrarse la finalidad contractual y producirse un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de la partes y un consiguiente enriquecimiento injusto de la demandada y correlativo empobrecimiento de la recurrente”.¹²⁵¹

4.3.– DEL *IUS VARIANDI* DEL CONTRATANTE CUMPLIDOR.

Aun cuando el Derecho romano no se refería a esta cuestión, la jurisprudencia gala y el *Code*, entendieron que la resolución sólo podía decretarse a través de una resolución judicial que la concediera. Con todo, como se ha planteado a lo largo de esta tesis, se ha comenzado a aceptar la resolución unilateral, es decir, aquella en que es el contratante cumplidor el encargado de notificarla al deudor incumplidor, su voluntad en orden a resolver la obligación.¹²⁵² Dicho lo anterior, se debe agregar que el contratante cumplidor puede solicitar indistintamente la resolución o el cumplimiento forzado de la

¹²⁵⁰ STS de 16 de septiembre de 2014, nº recurso 2252/2013. *Cfr.*: <www.vlex.com>.

¹²⁵¹ STS de 13 de junio de 2014, (RJ/2014/299).

¹²⁵² Al respecto, *vid.*: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., págs. 198 y ss.

obligación, o ambas (una en subsidio de la otra), toda vez que estas facultades son incompatibles entre sí: de acogerse el cumplimiento forzado de la obligación, no es posible acceder igualmente a la resolución de la obligación.¹²⁵³ Así, ALBALADEJO GARCÍA expresa lo siguiente: “[P]ero habiéndose optado por el cumplimiento o por la resolución, ya no se puede pedir el otro. [...] Salvo que, como establece el art. 1.124, 2.º, segunda parte, «también podrá pedirse la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible»”.¹²⁵⁴ Aun cuando este *ius variandi* es limitado, pues, únicamente se puede pedir la resolución cuando el cumplimiento forzado de la obligación hubiere resultado imposible.¹²⁵⁵ Para PUIG BRUTAU: “La facultad de elegir entre el cumplimiento o la resolución del vínculo puede hacerse en forma alternativa (dejándola a voluntad del demandado)¹²⁵⁶ o subsidiariamente (dando preferencia a lo que quiera el demandante)”.¹²⁵⁷ En este caso, la STS 13 de diciembre de 2004 dispone que: “[...] En definitiva, aunque podría reprocharse a la sentencia que se impugna el haber omitido toda alusión en relación con la tardía invocación de la cláusula en cuestión, en cualquier caso, el resultado a conseguir ha de considerarse equivalente al obtenido ya que, en atención a cuanto hemos expuesto, ha de considerarse inadmisibile la formulación en la comparecencia de una pretensión con base en una cláusula contractual a la que en ningún momento anterior se había hecho referencia y cuya finalidad (la resolución contractual) es

¹²⁵³ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “Si bien no es incompatible pedir en general la resolución del contrato, pero el cumplimiento de cierto pacto englobado en el mismo, aislable del resto y que responde a una situación en la que, aparte del incumplimiento, han incurrido efectivamente el incumplidor”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 121.

¹²⁵⁴ *Ídem*.

¹²⁵⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, *Código civil comentado*, vol. III, Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444), Op. Cit., pág. 236.

¹²⁵⁶ Cfr.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., pág. 1117; RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*, Op. Cit., pág. 105.

¹²⁵⁷ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., págs. 118–119.

radicalmente opuesta al debido cumplimiento de lo convenido que es lo que se solicitaba en la demanda”.¹²⁵⁸

El contratante cumplidor tiene la facultad¹²⁵⁹ para variar la petición ejercida, es decir, si hubiera solicitado el cumplimiento forzado, puede abdicar de esta posibilidad y pedir la resolución, y viceversa.¹²⁶⁰ A esta facultad la doctrina la denomina *ius variandi*.¹²⁶¹ El *ius variandi* se sustenta en el artículo 1124, apartado 2º, segunda parte del CC, que dispone: “También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”, ya que, en principio, atentaría en contra del principio *electa una via no datur recursus ad alteram*.¹²⁶² La jurisprudencia ha acogido esta noción. Así, la STS de 22 de julio de 2013, (RJ/2013/488) dispone que: “Está claro que la parte *in bonis* puede ejercitar el *ius variandi*, esto es, inicialmente exigir, como exigió, el 7 de mayo de 2008, el cumplimiento del contrato (la entrega de los avales) y, posteriormente ante los reiterados incumplimientos, optar por la resolución del contrato, cuya manifestación resolutoria la expresó dejando de pagar, el 10 de junio de 2008, los efectos representativos del precio aplazado”. Se pronuncian, en este mismo sentido, las STS de 22 de enero de 2014, nº recurso 3644/2012 y la STS de

¹²⁵⁸ STS de 13 de diciembre de 2004, (RJ/2004/1169).

¹²⁵⁹ Al respecto, *vid.*: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., pág. 807. En este sentido, la doctrina señala que: “A diferencia del efecto automático que genera la verificación de una condición resolutoria [...] el incumplimiento que contempla el art. 1.124, aunque revista la entidad que hemos estudiado, no provoca *ipso facto* la resolución, sino que únicamente hace nacer la facultad de resolver”. PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Op. Cit., pág. 141.

¹²⁶⁰ *Cfr.*: CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., págs. 1147–1148.

¹²⁶¹ *Cfr.*: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., pág. 808; LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, Op. Cit., pág. 198; PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Op. Cit., págs. 143–144.

¹²⁶² *Cfr.*: DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 296.

7 de junio de 2012, nº recurso 2050/2012.¹²⁶³ Además, la jurisprudencia ha adoptado un criterio mucho más permisivo, sobre todo si se pide la resolución, después de haber optado por el cumplimiento de la obligación. En este sentido, se pueden citar las STS de 21 de febrero de 2007, STS de 10 de diciembre de 2012, STS de 26 de junio de 1990, STS de 18 de noviembre de 1983 y STS de 12 de diciembre de 1981.¹²⁶⁴ En este caso, la jurisprudencia ha sido flexible en cuanto a la interposición de estas acciones (cumplimiento forzado y resolución de la obligación), toda vez que ha permitido, como se dijo, solicitar tanto la ejecución forzada de la deuda como la resolución de la obligación, sea alternativa, sea subsidiariamente.¹²⁶⁵

5.- EFECTOS DEL DERECHO DE OPCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.

A modo de nota previa, debo señalar que la actual doctrina española discute si la resolución contractual tiene una eficacia extintiva¹²⁶⁶ o transformadora de la relación obligatoria.¹²⁶⁷ A pesar de que el artículo 1124 se encuentra sito en la sección de las condiciones resolutorias, y ello podría suponer que se trata de un modo liberatorio de

¹²⁶³ Cfr.: <www.vlex.com>.

¹²⁶⁴ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 143–145.

¹²⁶⁵ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., págs. 200–201.

¹²⁶⁶ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “En la medida en que la resolución no sólo extingue las obligaciones recíprocas de las partes –de manera que éstas desaparecen y dejan de producir los efectos que les son propios–, sino que, además, tiende a hacer desaparecer los efectos del contrato ya producidos a través de la restitución de las prestaciones ejecutadas, se señala que la resolución se caracteriza por tener eficacia retroactiva, eficacia *ex tunc*”. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., págs. 9–10.

¹²⁶⁷ En Venezuela, MELICH ORSINI se refiere a que los efectos principales de la resolución judicial: (a) Un efecto liberatorio y (b) una eficacia recuperatoria. MELICH ORSINI, J.: *La resolución del contrato por incumplimiento*, Ed. Temis, Caracas, 1982, págs. 306 y ss.

obligaciones,¹²⁶⁸ debe ser interpretado conforme a su contenido y no a la ubicación del mismo.¹²⁶⁹ Los autores modernos señalan que, en este caso, se debe distinguir entre la extinción de la prestación primaria (en cuya virtud las partes se deben realizar las prestaciones recíprocas) y la relación jurídica.¹²⁷⁰ Ésta no se extingue, sino que se transforma en dos nuevas obligaciones: ejecutar las prestaciones recíprocas e indemnizar daños y perjuicios.¹²⁷¹ La doctrina ha señalado que el momento en que se perfecciona la resolución contractual, es el instante en que el contratante cumplidor hace valer su facultad, sea judicial o extrajudicialmente,¹²⁷² y con prescindencia de la situación en que se le otorga un plazo al deudor, pero los efectos de la misma operan, como se vio, y por regla general, con efectos retroactivos.¹²⁷³ Con todo, el momento preciso en que se perfecciona la resolución, sea judicial o extrajudicialmente, es el

¹²⁶⁸ En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “El primer efecto que produce la resolución es desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 871.

¹²⁶⁹ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 153–154.

¹²⁷⁰ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “[...] Esto es lo que dispone el art. 1202.1 PMDOC: «La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución». Y esto mismo es lo que establecen los artículos 81.1 CV, 7.3.5 Principios UNIDROIT y 9:305 (2) PECL. De otro lado, no siempre tiene la resolución carácter retroactivo, pues se afirma la irretroactividad de la resolución en una serie de supuestos: a) En primer lugar, cuando no hay restitución por no haber realizado ninguna de las partes la prestación puesta a su cargo o por haberse resuelto un contrato preparatorio de otro contrato. b) En segundo lugar, tampoco tendrá carácter retroactivo la resolución de los contratos de tracto sucesivo cuando ambas partes han estado ejecutando, durante un tiempo, sus respectivas prestaciones. La resolución, en este caso, no afecta a aquellas prestaciones ya ejecutadas por ambas partes, sino que sólo tiene efectos *ex nunc*, esto es, libera a las partes de cumplir las obligaciones futuras. Esto es lo que establece el art. 1204 PMDOC cuando dispone que «en la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto»”. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., pág. 10.

¹²⁷¹ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 147–148.

¹²⁷² Cfr.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, 2012, Op. Cit., pág. 78; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., págs. 132–133.

¹²⁷³ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, Op. Cit., pág. 200.

instante en que se demanda o notifica la misma, aun en el caso que el juez le conceda un plazo al contratante incumplidor para que cumpla su deber.¹²⁷⁴

Como se ha visto, el derecho de opción se ejercita por medio de una declaración recepticia del contratante cumplidor,¹²⁷⁵ dirigida a su contraparte. Ésta tiene por finalidad transformar el negocio, extinguiendo la prestación originaria.¹²⁷⁶ En este punto, se debe señalar que hay algunos autores que consideran que lo que se extingue es el contrato.¹²⁷⁷ Sobre este punto, CARRASCO PERERA señala que la resolución contractual deja sin efecto el contrato pero no las obligaciones recíprocas.¹²⁷⁸ En este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN ha planteado que la resolución contractual pone término a la relación obligatoria (efecto liberatorio).¹²⁷⁹ Estimo que esta opinión es contradictoria, pues, si desaparece el contrato, desde el punto de vista civil no puede mantenerse la relación obligatoria (por falta de causa eficiente).

En cuanto a los efectos de la resolución unilateral, se debe distinguir dos hipótesis: (a) aquellos efectos que surgen de la relación contractual y (b) aquellos efectos indemnizatorios. Los primeros suponen, al parecer, la extinción de la relación jurídica y del contrato, salvo que se trate de una resolución unilateral arbitraria o abusiva, contraria a los postulados de la buena fe y equidad. El contratante en contra del cual va dirigida la resolución, puede, según la jurisprudencia, solicitar una

¹²⁷⁴ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, Op. Cit., pág. 200.

¹²⁷⁵ Al respecto, vid.: BADIA SALILLAS, Á.: “En torno al artículo 1.504 del Código Civil: Requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor”, *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Publicaciones del Cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 50 y ss.

¹²⁷⁶ Cfr.: RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., pág. 161.

¹²⁷⁷ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 196.

¹²⁷⁸ Cfr.: CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1160.

¹²⁷⁹ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., pág. 871.

indemnización de daños y perjuicios.¹²⁸⁰ Así, la STS de 25 de octubre de 1985 se pronuncia a favor de la concesión de una compensación (no indemnización), por razones de equidad y para impedir un enriquecimiento sin causa (otras sentencias que han reconocido este derecho son: STS de 6 de marzo de 1978, STS de 11 de febrero de 1984, STS de 19 de diciembre de 1985, STS de 30 de junio de 1987 y la STS de 22 de marzo de 1988. Esta “compensación” puede deberse a dos motivos: (i) cuando el acreedor incurre en una resolución unilateral abusiva,¹²⁸¹ contraria a la buena fe¹²⁸² o que no se funde en una justa causa;¹²⁸³ (ii) cuando, a consecuencia de la extinción de la relación jurídica, la parte solicitante experimenta un enriquecimiento que pueda ser calificado de “injusto”;¹²⁸⁴ (iii) por último, es dable también solicitar una indemnización de daños y perjuicios, cuando, frente al incumplimiento de parte del actor, es aplicable el artículo 1101 del CC¹²⁸⁵ y dichos perjuicios derivan de una situación ajena al desistimiento o resolución unilateral, pues la jurisprudencia no exige que quien solicita el desistimiento haya efectivamente cumplido con sus obligaciones.¹²⁸⁶

¹²⁸⁰ Cfr.: PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Op. Cit., pág. 144.

¹²⁸¹ En este sentido se han pronunciado las STS de 11 de febrero 1984, STS de 19 de diciembre de 1985, STS de 30 de junio de 1987, STS de 22 de marzo de 1988, STS de 16 de septiembre de 1988, STS de 21 de diciembre de 1992, STS de 24 de febrero de 1993 y STS de 17 de octubre de 1995. Cfr.: ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Op. Cit., pág. 13.

¹²⁸² Al respecto, *vid.*: STS de 12 de septiembre de 2014, (RJ/2014/466); STS de 19 de febrero de 2014, (RJ/2014/92); STS de 15 de noviembre de 2010, (RJ/2010/713); STS de 9 de julio de 2008, (RJ/2008/652); STS de 23 de junio de 2005, (RJ/2005/503); STS de 17 de abril de 2006, (RJ/2006/411); STS de 12 de julio de 2001, nº recurso 1804/1996. Cfr.: <www.vlex.com>.

¹²⁸³ En este sentido, se han pronunciado las STS de 16 de febrero de 1990, STS de 15 de octubre de 1992, STS de 3 de diciembre de 1992, STS de 16 de octubre de 1995 y STS de 18 de diciembre de 1995. Cfr.: ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Op. Cit., pág. 13.

¹²⁸⁴ Cfr.: *Ibidem*, págs. 11–12.

¹²⁸⁵ El artículo 1101 del CC dispone que: “Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

¹²⁸⁶ En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: STS de 11 febrero de 1984 y STS de 22 marzo 1988. Cfr.: ESPIAU ESPIAU, *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Op. Cit., pág. 14.

5.1.– DEL EFECTO RETROACTIVO DEL DERECHO DE OPCIÓN.

Como se dijo, cuando las prestaciones recíprocas han sido dadas o ejecutadas, cada parte debe efectuar la repetición de ellas.¹²⁸⁷ Antes de referirme a dicha restitución, debo analizar previamente un aspecto de relevancia, cual es determinar si la resolución contractual tiene o no efecto retroactivo.¹²⁸⁸ Es decir, si produce sus efectos *ad initio* como en Alemania, o bien, si únicamente tiene efectos para el futuro (Gran Bretaña). En España, es claro para la doctrina y la jurisprudencia, que la resolución contractual¹²⁸⁹ opera con efecto retroactivo,¹²⁹⁰ dando lugar al régimen de las prestaciones mutuas.¹²⁹¹ En este punto, LACRUZ BERDEJO señala que “[l]a resolución tiene efectos retroactivos es doctrina común, tanto científica como jurisprudencial [...]”.¹²⁹² Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: “La doctrina tradicional ha entendido que la resolución se produce con efectos retroactivos y alcanza, por consiguiente, a los negocios que pudiera haber realizado el demandado frente a quien la resolución se

¹²⁸⁷ Al respecto, *vid.*: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 872.

¹²⁸⁸ En Argentina, MIQUEL, siguiendo a HALPERIN, señala que: “[l]a resolución tiene efecto retroactivo quitando toda eficacia al vínculo nacido del contrato [...]”. MIQUEL, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 231.

¹²⁸⁹ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “Se remonta así a la fecha y a la fuente de que nacieron las obligaciones recíprocas, que han de quedar como si no se hubiesen contraído, con devolución de lo recibido por cada parte de la otra [...]”. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 123.

¹²⁹⁰ En este sentido, LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA señalan lo siguiente: “Que la resolución tiene efectos retroactivos es doctrina común, tanto científica como jurisprudencial (sin perjuicio de discutir luego el alcance de esta retroactividad, en particular para el cálculo de la indemnización)”. LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, Op. Cit., pág. 200.

¹²⁹¹ *Cfr.*: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 8249–8251; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Op. Cit., págs. 161–162.

¹²⁹² *Cfr.*: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Op. Cit., pág. 200.

pronuncia”.¹²⁹³ Así, para NAVARRO MENDIZÁBAL: “La resolución tendrá efecto retroactivo siendo el momento de comparación el inmediatamente anterior a la celebración de contrato, teniendo en cuenta que los terceros de buena fe¹²⁹⁴ quedan a salvo de la retroacción”.¹²⁹⁵ Conforme al efecto retroactivo de la resolución,¹²⁹⁶ se deben dejar sin efecto los actos que hubiere ejecutado el demandado.¹²⁹⁷ Aquí se aplica el principio “*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*”.¹²⁹⁸ La jurisprudencia ha dicho en forma reiterada, que la resolución se produce con efecto retroactivo,¹²⁹⁹ v. gr., la STS de 10 de octubre de 1998.¹³⁰⁰ La STS de 31 de mayo de 1985 (RJ/1985/2837), dispone que: “La resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se encontrarían si el pacto no se hubiese celebrado, efecto que opera *ex tunc* y que lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya

¹²⁹³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 872. Cfr.: RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*, Op. Cit., pág. 106.

¹²⁹⁴ Con relación a los efectos de la resolución respecto de terceros, *vid.*: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 547 y ss.; CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., págs. 1036–1037.

¹²⁹⁵ NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2013, Op. Cit., pág. 167.

¹²⁹⁶ En este sentido, PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ señalan que: “En el sistema de nuestro Código, que regula la facultad resolutoria a seguido de la disciplina de la retroactividad asociada al cumplimiento de las condiciones y con expresa reserva de los derechos adquiridos por terceros (art. 1.124.IV), parece evidente que la resolución del art. 1.124 no sólo extingue las obligaciones recíprocas desde que aquélla tiene lugar (eficacia *ex nunc*), sino que, aun tratándose de una ineficacia contractual sobrevenida y no originaria, tiene virtualidad retroactiva (*ex tunc*): lleva consigo la devolución mutua del precio y de la cosa objeto del contrato”. PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO Y CALERA, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Op. Cit., pág. 146.

¹²⁹⁷ Al respecto, *vid.*: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Op. Cit., págs. 135–136.

¹²⁹⁸ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 872.

¹²⁹⁹ Cfr.: CÓDIGO CIVIL, concordado y comentado. Con jurisprudencia y doctrina de las audiencias provinciales a cargo de Fernando Murillo González, Francisco Echeverría Summers y José Carlos Erdozain López, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2005, pág. 879.

¹³⁰⁰ Cfr.: MÉNDEZ y VILALTA, “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, Op. Cit., pág. 15.

recibido de la otra por razón del vínculo obligacional,¹³⁰¹ lo que significa que la relación se extingue como si nunca hubiese tenido existencia, sin perjuicio, claro es, del respeto a los derechos de terceros adquirentes de buena fe, tesis mantenida asimismo por esta Sala en las sentencias citadas en el recurso y también en las de 14 de noviembre de 1962 (R.J.A. 4.289), 21 de noviembre de 1963 [R.J.A. (1964) 347], 14 de marzo de 1964 (R.J.A. 1.594) y 16 de octubre de 1967 (R.J.A. 3.823), a cuyo tenor la resolución del contrato supone la extinción de la relación contraída no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del negocio, cual sucede en los casos de nulidad y rescisión y en la condición resolutoria expresa del artículo 1.123 del Código Civil”.¹³⁰² Por su parte, la STS de 14 de julio de 2008, (RJ/2008/707), dispone que: “[...] Sentado lo anterior, ha de ser rechazado el primer motivo que se refiere a la infracción del artículo 647.2 en relación con el 1124 del Código Civil, ya que la revocación de la donación por dejar de cumplir el donatario la condición o carga impuesta únicamente puede operar sobre una donación con eficacia actual, lo que no ocurre en el caso enjuiciado. Efectivamente en el momento en que se otorgó al donación la donante impuso una carga a la entidad donataria en orden al destino que había de darse al inmueble donado, pero también estableció una condición resolutoria que, una vez cumplida,¹³⁰³ determinó la extinción del negocio con efectos «*ex tunc*» (sentencias de 27 febrero 1993 y 21 junio 2002)¹³⁰⁴ y

¹³⁰¹ Así, la STS de 6 de noviembre de 2009, dispone que: “En principio y regla general, los efectos de la resolución contractual se producen «*ex tunc*», colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya percibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe”. Cfr.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., pág. 1280.

¹³⁰² Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 496.

¹³⁰³ Al respecto, *vid.*: STS de 9 de mayo de 2013, (RJ/2013/241).

¹³⁰⁴ También se refieren al efecto retroactivo de la resolución contractual por incumplimiento: STS de 20 de mayo de 2013, (RJ/2013/318); STS de 29 de febrero de 2012, (RJ/2012/99); Auto del TS de 22 de junio de 2010, nº recurso 265/2009; STS de 28 de febrero de 2002, (RJ/2002/164) y STS de 20 de diciembre de 2001, (RJ/2001/1,196). Cfr.: <www.vlex.com>.

la inoperancia de cualquier acción revocatoria posterior”.¹³⁰⁵ La STS de 5 de julio de 1980, (RA/1980/5846),¹³⁰⁶ dispone que: “[...] constituye efecto fundamental de la resolución extinguir retroactivamente las obligaciones recíprocas, con desaparición de la eficacia del contrato y el retorno a la situación existente antes de su celebración [...]”.¹³⁰⁷

En este caso, se deben tener presente dos disposiciones del CC: los artículos 1295 y 1298. La primera norma dispone, en su apartado 2º que: “Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe”.¹³⁰⁸ El artículo 1298 establece que: “El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas”.¹³⁰⁹

El fundamento de la retroactividad, en este caso, se sustenta en que, verificada la resolución de la obligación, no es posible que uno de los contratantes se beneficie con las cosas dadas en virtud de ese negocio, pues ello significaría un enriquecimiento sin causa. Por ello se justifica el retorno a la situación en que se encontraba cada parte al tiempo de celebrar el contrato.¹³¹⁰ Para CLEMENTE MEORO, “[l]a retroactividad es lo más acorde con el sistema general del Código, en que la restitución no constituye un puro deber jurídico liquidatorio, sino que produce efectos recuperatorios en virtud de la

¹³⁰⁵ STS de 14 de julio de 2008, (RJ/2008/707).

¹³⁰⁶ *Vid. supra.*, nota nº 1289, pág. 351.

¹³⁰⁷ *Cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Op. Cit., pág. 1157.

¹³⁰⁸ *Cfr.*: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 176–177.

¹³⁰⁹ *Vid.*: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., págs. 1313–1314.

¹³¹⁰ *Cfr.*: DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 297.

sentencia o de la decisión de resolver”.¹³¹¹

Hay que señalar que la retroactividad de la resolución se aplica únicamente a los contratos con efectos inmediatos, ya que, como se ha esbozado, en los contratos de ejecución sucesiva se habla de terminación, precisamente para diferenciarla de la resolución en la primera clase de contratos, por cuanto en los contratos de ejecución sucesiva no se produce el efecto retroactivo.¹³¹² Lo anterior se justifica, porque, en una obligación de tracto sucesivo, como es el caso del contrato de arrendamiento y el contrato de sociedad, las obligaciones que nacen cada cierto tiempo, se extinguen de manera permanente, sin posibilidad de ser restituidas en el devenir.¹³¹³ La liquidación que se realice entre las partes, no atenta contra el carácter permanente de la extinción, ya que su exclusiva finalidad es dejar a los contratantes en la misma situación en que se encontraban al momento de constituirse la relación jurídica.¹³¹⁴ Dicho de otra manera, las prestaciones que surgen de los contratos de ejecución sucesiva, pueden separarse tanto económica como jurídicamente, debido a que cada prestación periódica y recíproca, puede ejecutarse parcialmente, satisfaciendo el interés de cada contratante y la finalidad del negocio. CLEMENTE MEORO señala que en este caso existe una “resolución parcial”, pretendiéndose con ella, evitar un enriquecimiento sin causa, situación que no se da en los contratos de tracto sucesivo.¹³¹⁵

¹³¹¹ CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 502.

¹³¹² Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 2008, Op. Cit., pág. 873.

¹³¹³ Vid.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., pág. 1280.

¹³¹⁴ Cfr.: LARENZ, K.: *Derecho civil. Parte general*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 693.

¹³¹⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 503 y 504.

5.2.– DE LAS RESTITUCIONES MUTUAS.

Aclarado el efecto retroactivo de la resolución contractual, se debe indicar que los contratantes deben ejecutarse las restituciones recíprocas,¹³¹⁶ dentro de las cuales se debe devolver los frutos.¹³¹⁷ Así lo dispone el artículo 1295 del CC: “La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses”.¹³¹⁸ Esta norma, a pesar de que se refiere a la rescisión, igualmente se aplica a la resolución contractual.¹³¹⁹ Ésta es la solución adoptada también por la jurisprudencia italiana. (Sentencia de Casación de 6 de octubre de 1970, (nº 1803), Sentencia de Casación de 15 de marzo de 1972, (nº 756), Sentencia de Casación de 13 de enero de 1972, (nº 106), Sentencia de Casación de 23 de julio de 1964, (nº 1986).¹³²⁰ En Francia, al parecer, en la doctrina prevalece la opinión contraria.¹³²¹ Lo anterior se justifica, porque a la eficacia liberatoria de la resolución, la acompaña una eficacia

¹³¹⁶ En este sentido, CLEMENTE MEORO plantea lo siguiente: “[...] En el Derecho vigente cabe pensar en dar respuesta a esta cuestión acudiendo a las reglas sobre liquidación del estado posesorio (artículos 451 y ss. CC), o a la aplicación analógica de otras normas previstas para supuestos de pérdida del título del *accipiens*, como el art. 1120.1 (cumplimiento de la condición cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados), 1295 (rescisión), 1478.2.º (saneamiento por evicción), 1519 (retracto convencional) y 651.1 (revocación de donaciones). Y también cabe recurrir a la aplicación literal del art. 1123 CC, que establece que los interesados «deberán restituirse lo que hubiesen percibido», de donde resulta que sólo han de restituir el bien–madre, sino también los frutos e intereses percibidos; e incluso los que hubiera podido percibir (*cfr.* artículos 455 y 1896.1 CC), pues el *solvens* no ha de soportar el coste de la eventual inactividad injustificada del *accipiens*”. CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., págs. 10–11.

¹³¹⁷ En este sentido, CARRASCO PERERA señala que: “La regulación de la mecánica restitutoria relativa a las prestaciones recibidas se encuentra por remisión parcial en el art. 1295 CC y por analogía –también parcial, como veremos– en el régimen de las nulidades contractuales [...]”. CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1149.

¹³¹⁸ En este punto caben dos alternativas: aplicar o no por analogía el artículo 1295 CC que se refiere a los efectos de la nulidad. *Cfr.*: *Ibídem*, págs. 1155 y ss.

¹³¹⁹ En este sentido, CLEMENTE MEORO señala que: “Se trata de un efecto retrospectivo de la resolución: si ambas o alguna de las partes ha ejecutado su prestación, pueden reclamar su restitución. Pero si la resolución es parcial, la restitución también será parcial”. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 489.

¹³²⁰ *Cfr.*: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 197.

¹³²¹ *Cfr.*: *Ídem*.

restitutoria, ya que producida la resolución, las partes deben proceder a restituirse todo aquello que hubieren recibido en virtud del contrato. CLEMENTE MEORO menciona, en este sentido, la STS de 5 de mayo de 1980, (RJ/1980/1784), STS de 20 de junio de 1980, (RJ/1980/2412) y STS de 10 de marzo de 1950, (RJ/1950/704).¹³²²

CARRASCO PERERA plantea que no cabe aplicar los artículos 1295 y 1303 del CC por analogía, no procede la repetición de frutos ni intereses, los que únicamente se pueden exigir como resarcimiento por daños y perjuicios generados por el incumplimiento.¹³²³ En cuanto a las excepciones a la retroactividad, se pueden señalar las siguientes: (i) Como ya se dijo, en los contratos de tracto sucesivo, no opera la retroactividad. Igual situación ocurre en los sistemas jurídicos italiano¹³²⁴ y francés;¹³²⁵ (ii) en general, la doctrina plantea que la retroactividad no afecta los efectos reales que generan ciertos contratos;¹³²⁶ (iii) tampoco se ven afectados los derechos de terceros que se encuentren de buena fe.¹³²⁷ Tratándose de la segunda excepción, y dada las características del sistema español, (consagrado en los artículos 609 y 1095 del CC) en el cual la compraventa sólo genera efectos personales, a diferencia de los modelos

¹³²² Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 474-475.

¹³²³ Cfr.: CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1155.

¹³²⁴ El artículo 1458 del CODICE CIVILE dispone que: “La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas”. Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 198-199.

¹³²⁵ Cfr.: *Ibidem*, pág. 198.

¹³²⁶ En este sentido, MELICH ORSINI señala que: “[...] la doctrina tradicional, que se pronuncia en favor de la retroactividad real en aquellos casos en que se trata de la resolución de un contrato con eficacia real, no ha dejado de admitir algunas excepciones a dicho principio como concesión a la necesidad de proteger la confianza de los terceros en las situaciones aparentes creadas por las propias partes intervinientes en el contrato”. MELICH ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 313. MONTÉS PENADÉS la llama, asimismo, “retroactividad real”. Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Op. Cit., pág. 1164.

¹³²⁷ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 200; O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, 2012, Op. Cit., pág. 78.

francés e italiano,¹³²⁸ en los cuales el contrato de compraventa genera efectos reales,¹³²⁹ se requiere de una efectiva tradición de la cosa para que pueda operar la excepción.¹³³⁰ En cuanto a la tercera excepción, solamente el tercero que se encuentre de mala fe,¹³³¹ tendrá que repetir la cosa al contratante leal que haya solicitado y obtenido la resolución de la obligación.¹³³²

Respecto de los frutos que se hubieran producido en el tiempo intermedio, éstos deberán ser restituidos, y en el caso que se hubieran consumido, se deberá pagar una indemnización por el valor de los mismos. Asimismo, como pena accesoria a la restitución de la cosa principal y los frutos, el contratante cumplidor podrá exigir una indemnización de daños y perjuicios,¹³³³ conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del

¹³²⁸ Sobre este punto, MELICH ORSINI postula lo siguiente: “Al contrario, la tesis de la retroactividad real de la resolución parece consustancial a la estructura de aquellos sistemas de raigambre francesa, como el nuestro y el del derogado Código Civil italiano, donde no se distingue en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o de un derecho real sobre un cuerpo cierto, entre el acto obligatorio y causal y el efecto real consecuente, sino que ambos se presentan indisolublemente fusionados”. MELICH ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Op. Cit., pág. 317.

¹³²⁹ En este sentido, CARRASCO PERERA plantea que: “Aunque es cuestión discutida, y no hay pronunciamientos jurisprudenciales evidentes, en mi opinión la retroactividad se produce con efectos reales y la propiedad del bien entregado retorna al transmitente sin necesidad de nuevo acuerdo traslativo ni de entrega real o simbólica; lo que tiene importancia enorme, especialmente, a efectos concursales”. CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., págs. 1149–1150.

¹³³⁰ Cfr.: DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 198–199.

¹³³¹ Cfr.: CARRASCO PERERA, *Derecho de los contratos*, Op. Cit., pág. 1153.

¹³³² Cfr.: CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernándio Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., págs. 1036–1037; CLEMENTE MEORO, *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Op. Cit., pág. 13; DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 198–199; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Op. Cit., págs. 873 y ss.; MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Op. Cit., pág. 1165.

¹³³³ Sobre este punto, MURILLO GONZÁLEZ, ECHEVERRÍA SUMMERS y ERDOZAIN LÓPEZ, en sus comentarios al CC, señalan que: “El resarcimiento de daños y abono de intereses a que hace referencia el art. 1.124 CC es equivalente a la indemnización de daños y perjuicios del art. 1.101 del mismo texto legal, entendiéndose que el resarcimiento comprende tanto el *damnum emergens*, como el *lucrum cesans* (SS.T.S. de 24 de septiembre de 1986 y 31 de mayo de 2002)”. CÓDIGO CIVIL, concordado y comentado. Con jurisprudencia y doctrina de las audiencias provinciales a cargo de Fernando Murillo González,

CC. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia, v. gr., la STS de 19 de octubre de 1995.¹³³⁴ El tema de los frutos e intereses que se deben restituir producto de la resolución contractual se encuentra en el artículo 1123 del CC. Esta norma dispone que se deberán restituir todo aquello que hubiesen percibido, de tal manera que se debe restituir la cosa principal, con sus accesorios y frutos. Nuevamente se esgrime como fundamento el principio de enriquecimiento sin causa.¹³³⁵

Con relación a los gastos necesarios en que ha incurrido uno de los contratantes, “[e]l principio general que resulta de los arts. 453.1, 455, 472.1, 1.518.2º y 1.898 C.C., es que los gastos necesarios han de abonarse al *accipiens*, pues son disminución de frutos. Si el *solvens* tiene derecho a que se le restituyan los frutos, el *accipiens* tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios para la conservación del bien y la obtención de los frutos, pues de otra manera el *solvens* se enriquecería injustamente a costa de aquél: recibiría los frutos y no tendría que pagar los gastos que habría tenido que hacer por sí mismo para obtenerlos”.¹³³⁶

En general, la jurisprudencia ha reiterado que el fundamento de la repetición de la cosa dada o entregada en virtud de un contrato sujeto al derecho de opción, es la evitación de un enriquecimiento sin causa¹³³⁷ por parte de los contratantes.¹³³⁸ En

Francisco Echeverría Summers y José Carlos Erdozain López, Op. Cit., pág. 879.

¹³³⁴ Cfr.: MÉNDEZ y VILALTA, “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, Op. Cit., pág. 15.

¹³³⁵ Cfr.: CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Op. Cit., págs. 519–520.

¹³³⁶ Cfr.: *Ibidem*, págs. 526–527.

¹³³⁷ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO señala que: “No es frecuente que la jurisprudencia relacione la restitución con la necesidad de evitar un enriquecimiento sin causa, lo que efectivamente tendría lugar a aquélla [...]”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8251.

¹³³⁸ En este sentido, la STS de 10 de junio de 2004, señala que la ruptura del vínculo obligatorio supone la necesidad de proceder a la repetición de las cosas que se hayan dado en virtud de dicha prestación. En igual sentido se pronuncian las STS de 15 de junio de 1992 y STS de 3 de junio de 1993. Cfr.: CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernándio Xiol Ríos (Direct.),

efecto, la STS de 30 de diciembre de 2003, no sólo se apoya en el principio del enriquecimiento sin causa, sino que en la legislación vigente que existe sobre el tema (distintas acciones que suponen la devolución de los aportes al demandante vencedor), también significan la repetición de las aportaciones efectuadas por el demandado, conforme a los arts. 1124 y 1303 del CC, en las hipótesis en que no se aplican los arts. 1304 a 1306 del CC.¹³³⁹ Por otra parte, ALBALADEJO GARCÍA señala que: “Si la resolución obliga a devolver cosa que fue mejorada, se aplican las reglas de resolución por incumplimiento de condición (arts. 1.123, 2.º, 1.122, 6.º, y 487), no las de vencimiento en la posesión o liquidación del estado posesorio”.¹³⁴⁰

6.– CONCLUSIONES.

Los requisitos del derecho de opción son dos: (a) la existencia de un contratante negligente y (b) la presencia de un contratante diligente. El primero es aquel que reúne tres condiciones: (i) incumplimiento; (ii) imputabilidad y (iii) mora. Por su parte, el contratante diligente es aquél que cumplió su obligación, está dispuesto a cumplir, o no ha cumplido su obligación porque tiene a su favor una condición o un plazo.

No todo incumplimiento da lugar al derecho de opción: debe tratarse de un incumplimiento esencial. Ello excluye a los incumplimientos insignificantes. Esta esencialidad se determina sobre la base del principio de equidad natural y de la teoría de la frustración de los intereses de los contratantes.

Op. Cit., pág. 1036.

¹³³⁹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 1035.

¹³⁴⁰ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, 2011, Op. Cit., pág. 124.

A pesar de que la mayoría de los autores entienden que la imputabilidad no es un requisito del derecho de opción, pienso que ella debe ser considerada por los jueces, toda vez que la conducta negligente de uno de los contratantes ha de ser sancionada por el Derecho. Cuando existe caso fortuito o fuerza mayor el deudor queda liberado de su obligación. En cambio, al existir dolo o culpa, el contratante diligente podrá ejercer las alternativas que le presenta su derecho de opción.

Es interesante el esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia para incluir a la resolución extrajudicial en el sistema jurídico español. Ello denota una apertura hacia la tendencia actual que impera en esta materia en Europa. El sistema alemán de la resolución extrajudicial permite no sólo descongestionar a los tribunales de justicia, sino que también permite que el acreedor logre satisfacer sus intereses de forma más eficiente y rápida. Con todo, es importante anotar que el tribunal siempre podrá determinar la legalidad de la resolución, verificando la existencia de sus requisitos, todo ello con el fin de evitar que la resolución extrajudicial se constituya como un mecanismo habitual sólo al servicio de intereses económicos.

Por último, estimo que al resolverse la obligación, el contrato (la causa eficiente de la obligación) suscite y se transforma, ya que surge el deber del contratante incumplidor de realizar las prestaciones mutuas e indemnizar los daños y perjuicios.

CAPÍTULO CUARTO.
ANÁLISIS DE ALGUNOS DE LOS TEXTOS DE REFORMA,
ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS
OBLIGACIONES A NIVEL GLOBAL Y EUROPEO A PROPÓSITO DEL
DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR.¹³⁴¹

1.- REGLAMENTO N° 593/2008 SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.¹³⁴²

Primero de todo, es necesario decir que, aunque este texto no se refiere directamente al derecho de opción, es dable mencionarlo, aunque sea tangencialmente, y analizarlo de forma somera, por la relevancia que presenta en materia contractual, particularmente en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales.¹³⁴³ En este sentido, resulta, como se verá, de extrema importancia la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, principio tan considerado en el último tiempo, quizás, al igual que en los tiempos revolucionarios. Por ello, creo relevante comenzar el estudio de los textos sobre derecho contractual europeo, con una sinopsis acerca de la aplicación de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable en materia de obligaciones contractuales, pues, como se analizará, ella juega un rol muy importante en la determinación de los remedios aplicables frente al incumplimiento contractual y se erige, en mi opinión, como el principal fundamento en la determinación de los remedios utilizables en caso de

¹³⁴¹ Para contar con una sinopsis en torno al proceso de unificación del Derecho europeo de las obligaciones, *vid.*: PATTI, S.: *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, págs. 1 y ss.

¹³⁴² Con relación a la historia del establecimiento de este tratado, PLENDER, R. y WILDERSPIN, M.: *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, London, 2009, págs. 93 y ss.

¹³⁴³ *Cfr.*: AGUILAR GRIEDER, H.: “El impacto del reglamento «Roma I» en el contrato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, n° 1, ISSN 1989-4570. En <<http://www.westlaw.es/>>, págs. 24-46.

incumplimiento contractual.

En lo que respecta al proceso de gestación del Reglamento n° 593/2008 *sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, del Parlamento Europeo y Consejo, (en adelante Regl. o Roma I) podemos decir que éste se dictó con fecha 17 de junio de 2008. A este Reglamento usualmente se le llama “Roma I”.¹³⁴⁴ Roma I derogó al Convenio de Roma de 1980 (en adelante CR),¹³⁴⁵ salvo en lo que atinge a los territorios de los Estados miembros comprendidos dentro del ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y aquellos a los que no les es aplicable Roma I, según lo dispuesto en el artículo 299 del Tratado, (artículo 24 del Reglamento 593/2008).¹³⁴⁶ La importancia de este Reglamento radica en que le otorga competencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE), para interpretar el contenido del mismo, lo que busca lograr una interpretación uniforme del mismo.¹³⁴⁷

¹³⁴⁴ Cfr.: CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Ed. Comares, Granada, 2009, pág. 1.

¹³⁴⁵ En este sentido, el artículo 24 (“Relación con el Convenio de Roma”) del REGLAMENTO ROMA I, dispone que: “1. El presente Reglamento sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado. 2. En la medida en que el presente Reglamento sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento”. Cfr.: FUGARDO ESTIVILL, J. Mª.: *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Consejo Nacional del Notariado, Madrid, 2010, pág. 258.

¹³⁴⁶ Cfr.: *Ibidem*, pág. 9.

¹³⁴⁷ Con relación a la armonización del Derecho internacional privado, *vid.*: FIORINI, A.: “The Codification of Private International Law in Europe—Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, págs. 89–110; MURIEL–CICERI, J. H.: “Aportes doctrinales europeos a la unificación y avance del Derecho Internacional Privado”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 39, n° 2, mayo–agosto 2012, Santiago de Chile, 2012, pág. 529.

En cuanto al ámbito temporal de competencia del Reglamento Roma I,¹³⁴⁸ éste se aplica a partir del 17 de diciembre de 2009.¹³⁴⁹ Los contratos suscritos con anterioridad al 1º de septiembre de 1993, se regulan por la ley determinada conforme al artículo 10.5 del Código civil.¹³⁵⁰ Los contratos celebrados entre dicha fecha y el 16 de diciembre de 2009, se sujetan a la ley determinada por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 *sobre la ley aplicable a las obligaciones nacidas de un contrato*. Por último, los contratos convenidos a partir del 16 de diciembre de 2009, se ajustan a lo establecido en el Reglamento Roma I.¹³⁵¹ El Reglamento Roma I, cuya fuerza obligatoria pesa sobre todos los estados miembros,¹³⁵² (artículo 249 del Tratado de la

¹³⁴⁸ Al respecto, *vid.*: FORNER DELAYGUA, J.-J.: “Capítulo 2. La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 51–54.

¹³⁴⁹ En este sentido, FUGARDO ESTIVILL señala que: “La versión oficial publicada contenía una contradicción de fechas (cfr. Arts. 28 y 29.2 Rglto.), que ha sido salvada por la corrección de errores aprobada por el Consejo el día 19 de octubre de 2009. De acuerdo a la corrección aprobada, el artículo 28 pasa a tener la siguiente redacción: «El presente Reglamento se aplicará a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009»”. FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 10.

¹³⁵⁰ El artículo 10.5 del CÓDIGO CIVIL dispone que: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

¹³⁵¹ *Cfr.*: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 10.

¹³⁵² Con fecha 7 de noviembre de 2008, la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS emitió un dictamen, conforme al cual acepta la petición del Reino Unido de aplicar el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales. *Cfr.*: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Dictamen de la Comisión sobre la solicitud del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, COM(2008) 730 final, Bruselas, 2008. En <<http://www.westlaw.es/>>, pág. 2.

Comunidad Europea, en adelante TCE),¹³⁵³ fue dictado con la finalidad de “unificar” las reglas de derecho aplicables a las obligaciones emanadas de un vínculo contractual,¹³⁵⁴ lo que supone que el litigio conocido y resuelto por un tribunal perteneciente a un estado miembro,¹³⁵⁵ deba ser decidido conforme a una legislación uniforme,¹³⁵⁶ evitando así el “*forum shopping*”.¹³⁵⁷ Este Reglamento, establece la ley aplicable para resolver conflictos de leyes, en materia civil y mercantil, salvo ciertos casos designados en el art. 1.¹³⁵⁸

¹³⁵³ El artículo 249 del TCE dispone que: “Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”. Cfr.: VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO CONSTITUTIVO DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA: DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2002, <www.boe.es>, pág. 99. En este mismo sentido, *vid.*: LENAERTS, K. y VAN NUFFEL, P.: *Constitutional law of the European Union*, Robert Bray (Edit.), Second Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, reprinted, London, 2006, págs. 379 y ss.

¹³⁵⁴ Cfr.: SALERNO, F.: “Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»”, *Commento, Le nuove leggi civili commentate*, anno XXXV, n^{os} 3–4, maggio–agosto 2009, Wolters Kluwer Italia S. R. L., Centro Direzionale Milanofiori, Milano, 2009, págs. 521–534.

¹³⁵⁵ Al respecto, *vid.*: CAFFI, M.: “La Convenzione di Roma ad un anno dalla sua entrata in vigore”, *La Convenzione di Roma sul Diritto applicabile al contratto internazionali*, Gioio Sacerdoti y Manlio Frigo (Coords.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1993, págs. 143–145.

¹³⁵⁶ En este sentido, FUGARDO ESTIVILL señala que: “En materia de fraccionamiento contractual observa la doctrina que la nueva regulación es más rígida que el derogado CR, lo que favorece la certeza y la previsibilidad en el ámbito del Derecho contractual. Salvo que el legislador (arts. 9–18 Rglto.) o las partes (art. 3.1 *in fine* Rglto) hayan dispuesto expresamente otra cosa, «una ley única es la que debe regir el contrato. O dicho de otra forma, el fraccionamiento de partes autónomas del contrato para buscar una vinculación más estrecha es fundamentalmente una tarea de las partes *ex ante*, y no de ‘experimentos judiciales’ *ex post*»”. FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 12.

¹³⁵⁷ Cfr.: *Ibidem*, pág. 10. Cfr.: AGUILAR GRIEDER, H.: “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2012), Vol. 4, N^o 2, ISSN 1989–4570. En <<http://www.westlaw.es/>>, pág. 37.

¹³⁵⁸ Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, O’Callaghan Muñoz, X. (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 676.

Con respecto a su contenido objetivo,¹³⁵⁹ el Reglamento Roma I, se inspira en el principio de libertad de las partes¹³⁶⁰ (Considerando 11 y art. 3. del Regl.),¹³⁶¹ para elegir la legislación aplicable al contrato por ellas suscrito¹³⁶² (*pactum de lege utenda*)¹³⁶³ y el marco de reglas de conflicto de leyes¹³⁶⁴ en materia de obligaciones

¹³⁵⁹ Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Op. Cit., pág. 677.

¹³⁶⁰ En este sentido, el Considerando 1º del REGLAMENTO ROMA I señala que: “[...] (11) La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”. FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 237. Cfr.: DE ARAUJO, N.: *Contratos internacionais*, Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais, 2ª Edição Revista e Ampliada com a Jurisprudência Brasileira, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, págs. 134 y ss.; CARRILLO POZO, L. F.: *El contrato internacional: la prestación característica*, Prólogo de Paolo Mengozzi, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Cometa, S. A., 1994, pág. 43; CASCAROSA GONZÁLEZ, J.: *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2009, págs. 117 y ss.; HEISS, H.: “Party Autonomy”, *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Franco Ferrari y Stefan Leible (Edits.), Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, págs. 1–16; MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: “Orden público y arbitraje: algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y el Mercosur”, *Derecho comercial en el siglo XXI*, Jorge Oviedo Albán (Coord.), Ed. Temis, S. A., Bogotá, 2008, págs. 229; PLENDER, R. y WILDERSPIN, M.: *The European Private International Law of Obligations*, Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2009, págs. 131 y ss.

¹³⁶¹ Cfr.: FUGARDO ESTIVILL, J. Mª.: “El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 77, enero-marzo 2011, Consejo General del Notariado, Getafe, Madrid, 2011, pág. 123; LEIBLE, S.: “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, ISSN 1989–4570. En <<http://www.westlaw.es/>>, pág. 220.

¹³⁶² En este sentido, CASTELLANOS RUIZ señala que: “El primer punto de conexión que utiliza el Reglamento para determinar la *lex contractus* es la «autonomía de la voluntad conflictual» de las partes: las partes son libres de elegir la Ley que va a regular el contrato internacional realizado”. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Op. Cit., pág. 53. Cfr.: CALVO CARAVACA, A.-L.: *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. II, separata, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pág. 129.

¹³⁶³ El artículo 3.1. del REGLAMENTO ROMA I, señala que: “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Cfr.: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 246.

contractuales.¹³⁶⁵ En el caso del “*dépeçage*”,¹³⁶⁶ la elección de las leyes aplicables debe ser racional, lo que supone que debe establecerse sobre la base de los elementos constitutivos del negocio, que se rijan por legislaciones diversas,¹³⁶⁷ siempre que no se verifique un resultado contrapuesto entre ellas.¹³⁶⁸ Esta libertad¹³⁶⁹ (que en el Derecho internacional privado adquiere el nombre de “autonomía conflictual”)¹³⁷⁰ también se

¹³⁶⁴ En este sentido, no siempre fue así, pues, como señala CALVO CARAVACA: “La idea de que las partes elijan la ley aplicable a sus relaciones no resultaba del todo extraña. Primero, en el Medioevo, se justificó la aplicación de la ley del lugar de conclusión del contrato, asegurando que era la implícitamente querida por las partes [...]”. CALVO CARAVACA, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas*, Op. Cit., pág. 132.

¹³⁶⁵ En este sentido, CASTELLANOS RUIZ señala que: “La elección de Ley del contrato por las partes presenta muchas ventajas. Por un lado, la inclusión en el contrato de un pacto de *lege utenda* evita a las partes y al juez posibles problemas a la hora de determinar la normativa sustantiva aplicable a los litigios derivados de un contrato internacional [...]”. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Op. Cit., pág. 56.

¹³⁶⁶ Con relación al “*dépeçage*”, *vid.*: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El contrato internacional. Fraccionamiento versus unidad*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1992, págs. 31 y ss.

¹³⁶⁷ Los tribunales españoles han aplicado este principio (autonomía de la voluntad conflictual) en los siguientes casos: STS de 31 de octubre de 2007, (RJ/2007/6815); SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2006, (AC/2007/497); STSJ de Galicia, de lo Social, de 20 de octubre de 2005, (AS/2005/2905); SAP de Madrid, de lo Social, de 18 de julio de 2005, (AS/2005/2905) y SAP de Málaga de 29 de octubre de 2002, (JUR/2003/139815). *Cfr.*: CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Op. Cit., pág. 57.

¹³⁶⁸ *Cfr.*: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 12.

¹³⁶⁹ En este sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ señala que: “La autonomía de la voluntad viene considerándose (desde hace siglos, aunque no siempre haya sido así) la piedra filosofal en el ámbito contractual. La Exposición de Motivos de «Roma I», como cláusula de estilo, ensalza sus virtudes. Pero el canto a la autonomía de la voluntad, es un «brindis al sol» en los contratos de consumo, pues la elección de ley ha sido, pura y simplemente, suprimida del art. 5 de la Propuesta «Roma I». En los demás casos, se permite a las partes elegir la ley aplicable. Incluso la elección de un derecho no estatal. Este es uno de los puntos en el que nos detendremos, después de examinar la mencionada *presunción de la existencia de una voluntad tácita* a través del índice de la elección de tribunal”. QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento «Roma I» de 15.12.2005”, *InDret* 3/2006, Barcelona, 2006. En <<http://www.westlaw.es/>>, pág. 8.

¹³⁷⁰ En este sentido, LEIBLE señala que: “[...] 3. La autonomía conflictual es el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional privado. Por autonomía privada entendemos la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. La manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual, que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y qué contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración). A ello se le añade en

manifiesta en la posibilidad de que disponen los contratantes,¹³⁷¹ para modificar o alterar la legislación aplicable a la relación contractual,¹³⁷² siempre que no lesione los derechos de terceros.¹³⁷³ Opinión contraria tiene FORNER DELAYGUA.¹³⁷⁴ En este sentido, estimo que el principio de autonomía de la voluntad¹³⁷⁵ se ha erigido como un

tercer lugar la libertad de forma, es decir, la ausencia de la obligación de concluir un contrato en forma escrita o en otra forma”. LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, Op. Cit., pág. 215.

¹³⁷¹ En este sentido, FORNER DELAYGUA señala que: “La *lex contractus* determina el marco de referencia de la autonomía privada material y traza así la línea divisoria entre lo que constituyen normas dispositivas y normas imperativas”. FORNER DELAYGUA, “Capítulo 2. La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 59.

¹³⁷² Actualmente, rige el principio de la autonomía de la voluntad, como rectora de los contratos internacionales. Cfr.: CALVO CARAVACA, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas*, Op. Cit., pág. 132.

¹³⁷³ El artículo 3.2. del REGLAMENTO ROMA I, señala que: “Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros”. Cfr.: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., págs. 246–247.

¹³⁷⁴ En este sentido, para FORNER DELAYGUA: “En cuanto a la determinación de la *lex contractus* en defecto de elección eficaz, el Roma I diversifica pero se orienta globalmente hacia soluciones más rígidas que el Roma 1980, sin autorizar el *dépeçage* [...]”. FORNER DELAYGUA, “Capítulo 2. La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 81.

¹³⁷⁵ En este sentido, LEIBLE señala que: “Conexiones divergentes tienen sin embargo como consecuencia que no es posible lograr ni la armonía internacional de decisiones, que representa el ideal formal del Derecho internacional privado, ni la seguridad jurídica. Solamente la conexión de acuerdo con la voluntad de las partes es adecuada para intentar solucionar estos problemas. La conexión del contrato de acuerdo con la voluntad de las partes evita la pérdida de seguridad jurídica inherente a todo método de conexión individualizante y posibilita una decisión flexible, adecuada a la multiplicidad de supuestos de hecho.³⁹ El afán de seguridad jurídica conlleva además el efecto colateral, en absoluto indeseado, de una unificación del derecho internacional privado y un favorecimiento de la armonía internacional de decisiones. Ello es así porque el reconocimiento global de la autonomía conflictual como punto de conexión permite esperar un consenso internacional más elevado que las extendidas conexiones rígidas, y se compatibiliza mejor no sólo con los intereses de las partes, sino, asimismo, con el interés público en la seguridad y sencillez del tráfico comercial internacional”. LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, Op. Cit., pág. 215.

verdadero dogma en el último tiempo,¹³⁷⁶ cuestión que será analizada en detalle en el Capítulo V de este trabajo. Quizás por la influencia subyugante del sistema anglosajón en el ámbito mundial, dentro del proceso de globalización y unificación de la economía a nivel mundial.¹³⁷⁷ Producto de esta tendencia, se han dejado de lado algunos principios, como el de la buena fe, tanto o más importantes que el primero. Ello no sólo se ha traducido en la reducción del ámbito de competencia de los tribunales, sino que, como se verá, en la excesiva libertad contractual, muchas veces franca a intereses transnacionales y corporativos. Con todo, en este punto, podemos decir que esta libertad de elección no es absoluta, pues su límite se encuentra en las leyes imperativas¹³⁷⁸ o de aplicación necesaria¹³⁷⁹ y las que afecten el orden público.¹³⁸⁰ Además se agregan las normas protectoras del contratante más débil, que se enmarcan dentro del llamado “orden público de protección”, en cuyo caso la elección de la ley por las partes debe ser

¹³⁷⁶ Al respecto, *vid.* más adelante, la nota n° 1879, pág. 475.

¹³⁷⁷ En este sentido, MURIEL–CICERI señala que: “La autonomía conflictual, tal y como está recogida en la primera frase del inciso I, del art. 3 del Reglamento, en armonía con su cdo. 11, se distingue como un requisito «*sine qua non*», de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. MURIEL–CICERI, J. H.: “Aspectos de la Unificación del Derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del Derecho aplicable”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. VIII, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008, pág. 647.

¹³⁷⁸ En este sentido, MORENO RODRÍGUEZ explica lo siguiente: “Dice el Libro Verde que «la expresión ‘disposición imperativa’ abarca una realidad múltiple: designa a la vez las leyes de policía, concepto característico del derecho internacional privado, y las normas de orden público interno»”. MORENO RODRÍGUEZ, “Orden público y arbitraje: algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y el Mercosur”, *Derecho comercial en el siglo XXI*, Op. Cit., págs. 229.

¹³⁷⁹ *Vid.*: GUARDANS I CAMBÓ, I.: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19–6–1980*, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1992, págs. 143 y ss.

¹³⁸⁰ En este sentido, el artículo 21 (“Orden público del foro”) del REGLAMENTO ROMA I, dispone que: “Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”. *Cfr.*: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 257. Al respecto, *vid.* también: FORNER DELAYGUA, “Capítulo 2. La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 67; KAYE, P: *The new private international law of contract of the European Community*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot, 1993, págs. 345 y ss.

hecha de buena fe y ser lícita, (caso *Vita Foods Products v. Unus Shipping*, de 1939).¹³⁸¹ Asimismo, Roma I no ha previsto la posibilidad de que las partes puedan acordar someter su negocio a ciertos principios doctrinales, tales como los Principios *UNIDROIT*, los Principios *LANDO*¹³⁸² u otro texto vigente o que se pudiera dictar en el futuro o, someterse a la *lex mercatoria*, suficientemente imprecisa y ambigua.¹³⁸³ Creemos que con ello se ha perdido una buena oportunidad para incluir, aun cuando no tengan una sanción legislativa, y únicamente se trate de principios de carácter doctrinal, a una serie de textos sobre derecho de contratos. Con todo, como se verá más adelante, y conforme a una interpretación extensiva del artículo 2 del Reglamento Roma I, existe una segunda opinión, según la cual se dice que las partes pueden acordar someterse a la *lex mercatoria* contenida en estos textos.¹³⁸⁴ Ésta es la opinión de QUIÑONES ESCÁMEZ.¹³⁸⁵

¹³⁸¹ Cfr.: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 18.

¹³⁸² Aún cuando, la aplicación práctica de estos esfuerzos todavía es débil. En este sentido, KESSEDJIAN señala que: “[...] *the LANDO Principles did not really gain any momentum in actual cases for several reasons about which we can speculate. One of them is probably that the LANDO group did not lobby for their work [...]*”. KESSEDJIAN, C: “Uniformity v. diversity in law in a global world. the example of commercial and procedural law”, *Revue hellénique de Droit international*, Publiée par L’Institut Hellénique de Droit International et Étranger, Sakkoulas Publications, 61ème Année, Athènes, 2008, pág. 323.

¹³⁸³ Cfr.: FORNER DELAYGUA, “Capítulo 2. La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 59–60.

¹³⁸⁴ En este sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ señala que: “Pero la propuesta «Roma I», no sólo formatea, alinea y actualiza sino que, modifica substancialmente el Convenio de Roma (1980): Respecto a la autonomía de la voluntad, se permite a las partes elegir normas que no tengan un origen estatal, con el punto de mira puesto en un «futuro instrumento contractual europeo opcional», anunciado, como objetivo, a largo plazo, en el Plan de Acción (2003). En ausencia de autonomía de la voluntad (elección de ley), «Roma I» reduce la búsqueda de la prestación característica para ocho tipos distintos de contratos, y suprime la cláusula de escape en la norma general del art. 4. También introduce una norma *ex novo* relativa al contrato de representación (art. 7), y nuevas previsiones en el ámbito de la cesión de créditos (subrogación legal) y la compensación legal”. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento «Roma I» de 15.12.2005”, Op. Cit., pág. 2.

¹³⁸⁵ En este sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ señala que: “La Propuesta “Roma I” autoriza a las partes a elegir un derecho no-estatal. Entendemos que el iceberg de contornos difusos denominado *lex mercatoria* no queda comprendido, a diferencia de lo que ocurre en el art. 10 Convenio interamericano sobre ley aplicable a los contratos internacionales de Méjico (1994), inspirado en el Convenio de Roma (1980)”.

Tal como dijo, con relación al ámbito objetivo de aplicación del Reglamento Roma I, definido en su artículo 1.1, se dispone que: “El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.”¹³⁸⁶ No se aplicará, en particular [...]”.¹³⁸⁷ Por su parte, el artículo 1.2. del Reglamento excluye una serie de materias que no son competencia del mismo, *v. gr.*, las cuestiones sobre estado civil y capacidad de las personas físicas, las obligaciones de Derecho de familia, convenios de arbitraje, los contratos de seguros, entre otras.¹³⁸⁸ Todas estas materias se excluyen por no tener un carácter contractual, presentar una regulación especial en la ley o porque encuentran su causa en las relaciones de familia o Derecho sucesorio.¹³⁸⁹ Es decir, el Reglamento no establece de manera directa las materias sobre las cuales regirá, sino que lo hace por exclusión. Igual cosa ocurría en el Convenio de Roma y en el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000. Otro aspecto relevante se establece en el artículo 2 del Reglamento Roma I, que dispone: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”. En este punto, la doctrina señala que la expresión “ley” debe ser interpretada en sentido amplio, de tal forma que englobe a los modernos textos sobre el derecho contractual internacional y europeo, aun cuando no tengan el carácter de ley

QUÍÑONES ESCÁMEZ, “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento «Roma I» de 15.12.2005”, *Op. Cit.*, pág. 10.

¹³⁸⁶ *Cfr.*: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, *Op. Cit.*, pág. 676.

¹³⁸⁷ *Cfr.*: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, *Op. Cit.*, pág. 12.

¹³⁸⁸ Al respecto, *vid.*: *Ibidem*, pág. 245.

¹³⁸⁹ *Cfr.*: *Ibidem*, págs. 13–14. En este sentido, QUÍÑONES ESCÁMEZ señala que: “Son dos las exclusiones que van a retener nuestra atención: por una parte, la que incumbe a las obligaciones que se derivan de una relación pre-contractual (art. 1.2 letra i); y, por otra, la relativa a las obligaciones derivadas de las relaciones de familia o que produzcan efectos similares a los del matrimonio (art. 1.2 letras b y c)”. QUÍÑONES ESCÁMEZ, “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento «Roma I» de 15.12.2005”, *Op. Cit.*, pág. 5.

en sentido estricto.¹³⁹⁰ Además, el art. 2 del Reglamento, señala que éste tiene aplicación “*erga omnes*”,¹³⁹¹ pues se aplica a las relaciones contractuales, estableciendo un sistema jurídico aplicable por extensión también a relaciones extracomunitarias.¹³⁹² Por su parte, el artículo 12 del Reglamento Roma I, dispone lo siguiente: “[...] 1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere;¹³⁹³ c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) las consecuencias de la nulidad del contrato. 2. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.¹³⁹⁴ Por último, se deben tener en cuenta los números 3 y 4 del artículo 3 del Reglamento Roma I, el primero señala que: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizadas en el momento de la elección en un país

¹³⁹⁰ En este sentido, PERALES VISCASILLAS señala que: “[El REGL. 593/2008] todavía se refiere a la expresión «ley», aunque el considerando n.º 13 estipula que el Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un derecho no estatal o un convenio internacional”. PERALES VISCASILLAS, P.: “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 190.

¹³⁹¹ En este sentido, MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS señala que: “El carácter universal de dicho Reglamento [hace] que sea una pieza básica del modelo español de Derecho internacional privado en materia contractual”. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Op. Cit., pág. 676.

¹³⁹² Cfr.: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 17.

¹³⁹³ Dentro del cual está claramente enmarcado el derecho de opción.

¹³⁹⁴ Cfr.: FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Op. Cit., pág. 254.

distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Por su parte, el art. 3.4. dispone que: “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

2.– EL CONVENIO DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

2.1.– BREVE HISTORIA ACERCA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

Modernamente el proceso de unificación del comercio internacional tiene su antecedente en el s. XIX, con una iniciativa de los Países Bajos.¹³⁹⁵ Dicha propuesta no alcanzó a desarrollar por completo su objetivo,¹³⁹⁶ y solamente la Comunidad Británica junto con los países escandinavos lograron la pretendida unificación jurídica¹³⁹⁷ para

¹³⁹⁵ Respecto de los principales hitos que se han producido en el proceso de armonización del Derecho europeo, *vid.*: ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, págs. 19 y ss.

¹³⁹⁶ Respecto del proceso de armonización y unificación del Derecho contractual europeo, *vid.*: WAGNER, G.: “The Virtues of Diversity in European Private Law”, *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2005, págs. 3 y ss.

¹³⁹⁷ En este sentido, GONZÁLEZ VAQUÉ analiza los modelos de armonización y unificación del Derecho, conforme al grado de intensidad de los mismos (desde la armonización mínima a la plena). *Cfr.*: GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: “Libre circulación de mercaderías: no todo es perfecto”, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, M^a. Cruz Urcelay Lecue (Direct.), octubre 2012, nº 10, año XXXVIII, Ed. Aranzadi, S.

regular el comercio internacional.¹³⁹⁸ Luego, en 1924, se reunió la *International Law Association*, en Estocolmo,¹³⁹⁹ cuyo resultado fue nombrar a una comisión cuya finalidad fue dictar un texto normativo que lograra la unificación del comercio internacional.¹⁴⁰⁰ Dicha comisión presentó un texto uniforme en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 1928.¹⁴⁰¹ Paralelo a este proceso el Instituto

A., Navarra, págs. 31–56; VERDURE, C.: “L’harmonisation des pratiques commerciales déloyales dans le cadre de la Directive 2005/29/CE: premier bilan jurisprudentiel”, *Cahiers de Droit européen*, n^{os} 3–4, Quarante–sixième année, Bruylant, Bruxelles, 2010, págs. 311–336.

¹³⁹⁸ En este sentido, COCA PAYERAS expresa que: “El movimiento que persigue un horizonte común en materia de Derecho privado, se asienta sobre tres pilares. Uno, de orden estrictamente económico, ligado al desarrollo del sistema capitalista: los instrumentos jurídicos uniformes agilizan el tráfico jurídico económico, y permiten rentabilizar, por la vía de reducción de costes de negociación, conflictividad y resolución, las concretas actividades económicas. La unidad de mercado, requiere instrumentos jurídicos unívocos. Otro, de orden sociopolítico, ligado a la idea de Europa como unidad político–económica. De la misma forma que los Estados surgidos de la revolución burguesa aspiran a dotarse de un Código Civil único, como instrumento de vertebración de la sociedad civil y de la actividad económica, se está abriendo paso la idea, con enormes dificultades ciertamente, de que la vertebración europea impone un instrumento formalmente similar. [...] Y un tercer pilar, de orden histórico. En efecto, la dicotomía actual entre el sistema continental (*civil law*) y el sistema angloirlandés (*commomn law*), se intenta superar buceando en la fuente compartida del *Ius commune*”. COCA PAYERAS, M.: “El Derecho contractual europeo y la armonización del Derecho civil en la Unión”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pág. 34. Cfr.: ADAR, Y. y SHALEV, G.: “The Law of Remedies in a Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, págs. 111–141.

¹³⁹⁹ Cfr.: ZUPPI, G.: *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Prólogo de Jorge Barrera Graf, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, pág. 30.

¹⁴⁰⁰ Respecto de la implementación del futuro *European Civil Code*, vid.: SWANN, S.: “A European Civil Code: legal and political foundations”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editora, S. P. A., Milano, 2002, págs. 50 y ss. En este sentido, y solo a modo de ejemplificación, cabe señalar que, según DE VAREILLES–SOMMIÈRES, cuatro fueron las posibles formas de unificación del Derecho canadiense: (a) La *substitution des droits*; (b) La *coexistence des droits*; (c) *L’harmonisation des droits*; y (d) la *coordination des droits*. Cfr.: DE VAREILLES–SOMMIÈRES, P.: *Le Droit privé européen*, Ed. Economica, Paris, 1998, págs. 182–190.

¹⁴⁰¹ En este sentido, VAN ZELST señala que: “The history of the Vienna Sales Convention can be traced back to 1926, when the International Institute for the Unification of Private law (UNIDROIT), was established in Rome”. VAN ZELST, B.: *The politics of European sales law. A Legal–Political Inquiry into the Drafting of Uniform Commercial Code, The Vienna Sales Convention, The Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of Europeanization of Private Law*, Kluwer Law International BV, The Hague, 2008, pág. 87. Cfr.: SCHWENZER, I. y HACHEM, P.: “The CISG – Successes and Pitfalls”, *The American Journal of comparative law*, vol. 57, n^o 2, Mathias W. Reimann (Edit.), The American

Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*),¹⁴⁰² también llamado Instituto de Roma,¹⁴⁰³ encargó a un grupo de juristas de Inglaterra, Suecia, Alemania y Francia (entre ellos se encontraban CAPITANT, RABEL, HAMEL, HURST, BAGGE y GUTTERIDGE), la elaboración de un proyecto de ley uniforme en torno a la compraventa internacional.¹⁴⁰⁴ La comisión elaboró un anteproyecto sobre la base del trabajo del profesor Ernst RABEL.¹⁴⁰⁵ El Proyecto RABEL¹⁴⁰⁶ fue distribuido en 1935 no sólo a los estados parte de la Liga de las Naciones,¹⁴⁰⁷ sino que tuvo una circulación general.¹⁴⁰⁸ Veintidós países presentaron indicaciones¹⁴⁰⁹ y el resultado de

Society of Comparative Law, Inc., Oxford, 2009, pág. 459.

¹⁴⁰² El INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (*UNIDROIT*), se había creado en 1926. Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, B.: *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Prólogo de Mariano Aguilar Benítez de Lugo, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2000, pág. 45.

¹⁴⁰³ El INSTITUTO INTERNACIONAL DE ROMA PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO fue creado bajo el amparo de la LIGA DE LAS NACIONES, en el periodo entre guerras. Cfr.: GARRO, A. M. y ZUPPI, A. L.: *Compraventa internacional de mercaderías*, Prólogo de Jorge Barrera Graf, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, págs. 30–31.

¹⁴⁰⁴ RABEL fue quien propuso esta idea. Cfr.: VALIÑO DEL RÍO, E.: “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 403–417.

¹⁴⁰⁵ Al respecto, vid.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., págs. 45–46; FERRARI, F.: *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2^e édition entièrement revue, Forum Européen de la Communication, Paris, 2005, págs. 2–3; ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., pág. 31.

¹⁴⁰⁶ Cfr.: MARCO MOLINA, J.: “La aproximación entre el régimen jurídico del vicio oculto y la regulación del incumplimiento contractual en la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pág. 257.

¹⁴⁰⁷ Al respecto, vid.: VAN ZELST, *The politics of European sales law. A Legal–Political Inquiry into the Drafting of Uniform Commercial Code, The Vienna Sales Convention, The Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of Europeanization of Private Law*, Op. Cit., pág. 88.

¹⁴⁰⁸ Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito*

una segunda revisión¹⁴¹⁰ fue el llamado Proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales, de 1939.¹⁴¹¹ La Segunda Guerra Mundial significó una congelación de los trabajos, hasta que los Países Bajos convocaron a una conferencia diplomática internacional en 1951,¹⁴¹² oportunidad en que se dieron cita veintiún países que estaban a favor de la unificación.¹⁴¹³ Con posterioridad a esta reunión, una comisión elaboró un nuevo proyecto, presentado en 1956.¹⁴¹⁴ En dicha comisión trabajaron juristas de Holanda, Suecia, Reino Unido, Alemania Federal, Italia, Suiza y Francia.¹⁴¹⁵ El trabajo de esta comisión fue distribuido entre los distintos países para que éstos enviaran observaciones y, en 1962, fue nuevamente revisado. El resultado de esta revisión fue el siguiente: se acordó redactar dos proyectos, el primero, sobre la formación del contrato, y el segundo, sobre la venta

de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria), Op. Cit., pág. 47. Además, este proyecto fue auspiciado por la Sociedad de Naciones. Cfr.: VALIÑO DEL RÍO, “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 404.

¹⁴⁰⁹ Austria, Bélgica, China, Dinamarca, España, Estonia, Estados Unidos, Finlandia, Francia, India, Irak, Italia, Letonia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Venezuela y Yugoslavia. Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., pág. 47.

¹⁴¹⁰ En este sentido, CAMPUZANO DÍAZ señala que: “[...] UNIDROIT, en su sesión de 4 de abril de 1937, decidió constituir un nuevo comité, más restringido en este caso, para revisar el proyecto a la luz de las observaciones recibidas”. *Ídem*.

¹⁴¹¹ Cfr.: HERBER, R.: “The german experience”, *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona Conference 2003, Franco Ferrari (Edit.), Sellier. European Law Publishers, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2003, págs. 59–60.

¹⁴¹² Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., pág. 49.

¹⁴¹³ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 29–31.

¹⁴¹⁴ Cfr.: ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., pág. 31.

¹⁴¹⁵ Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., pág. 49.

internacional de cosas muebles. Dichos proyectos¹⁴¹⁶ fueron estudiados en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 1964.¹⁴¹⁷ Se elaboró en dicha conferencia, un Proyecto de Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales (LUF)¹⁴¹⁸ y uno sobre Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales (LUVI).¹⁴¹⁹ De los 28 países asistentes, la mayoría pertenecía a la Europa Occidental, y no estuvieron presentes los representantes de China, Unión Soviética, Australia, Canadá, India¹⁴²⁰ y los Estados Unidos sólo enviaron a un delegado a los últimos días de la cita (pues su Congreso no había autorizado al Gobierno de USA a adherirse al Instituto de Roma).¹⁴²¹ Dichos textos no tuvieron buena recepción en los representantes de los países asistentes.¹⁴²² El problema era la escasa participación de los países en desarrollo y países de la órbita socialista,¹⁴²³ así como las posibles presiones que recibieron miembros de la comisión para aprobar el proyecto y la insólita reserva con que fue aprobado el tratado por parte del Reino Unido: se aplicaría sólo en el caso en que las partes del contrato expresamente lo hubieren dispuesto, salvaguardando así el principio de la autonomía de la voluntad, que siempre ha sido la piedra angular del sistema

¹⁴¹⁶ Cfr.: VAN ZELST, *The politics of European sales law. A Legal–Political Inquiry into the Drafting of Uniform Commercial Code, The Vienna Sales Convention, The Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of Europeanization of Private Law*, Op. Cit., pág. 89.

¹⁴¹⁷ Cfr.: FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Op. Cit., págs. 3–4.

¹⁴¹⁸ Cfr.: ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., pág. 32.

¹⁴¹⁹ Cfr.: *Ídem*.

¹⁴²⁰ Cfr.: *Ibidem*, pág. 34.

¹⁴²¹ Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., pág. 51.

¹⁴²² Cfr.: ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., págs. 35–36.

¹⁴²³ En este sentido, *vid.*: SCHLECHTRIEM, P.: “The Sale of Goods: Do Regions Matter?”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. VIII, 2003–1/2, UNIDROIT, Rome, 2002, págs. 173–175.

anglosajón¹⁴²⁴ y que en la actualidad pretende ser visto como la cualidad más relevante del Derecho contractual. El representante de USA anticipó que su país no aprobaría el tratado pues, no sólo no había participado en la elaboración y discusión del mismo, sino que también se opuso al marcado carácter “abstracto” del mismo (se oponían así el estilo propio del sistema anglosajón con el del sistema jurídico continental). De los países asistentes, sólo cinco depositaron los documentos de la ratificación (Reino Unido, Bélgica, Holanda, Israel y San Marino). En definitiva, el escaso apoyo al mismo, así como las trabas impuestas, las espulaciones de presiones¹⁴²⁵ y la falta de apoyo del Reino Unido, hicieron que este instrumento no se convirtiera en un tratado eficaz para regular el comercio internacional.¹⁴²⁶

En este esfuerzo por lograr un texto uniforme que regule el comercio internacional,¹⁴²⁷ no se debe olvidar el Proyecto de Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles de 1953, llamado Proyecto de Buenos Aires, un texto acordado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA).¹⁴²⁸

¹⁴²⁴ Cfr.: ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., pág. 38.

¹⁴²⁵ En este sentido, ZUPPI señala que: “El profesor Kurt Nadelmann le atribuyó al profesor Tunc haber ejercido presiones, junto con otros delegados, para que los proyectos fueran aceptados en la forma en que fueron redactados por la comisión”. *Ibidem*, pág. 36.

¹⁴²⁶ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 31–41.

¹⁴²⁷ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO señala que: “En todo caso, la unificación del Derecho contractual europeo, pensada en este caso para las transacciones comerciales internacionales –a la manera de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías o de los Principios *Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales–, vendría a dotar de eficiencia económica al mercado intracomunitario, proporcionando una reglamentación única y neutral, capaz de garantizar un reparto de costes y beneficios previsible y constante y de evitar los costes de información de un Derecho ajeno a las partes”. SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Capítulo 3. Bases doctrinales para un derecho contractual internacional”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 88.

¹⁴²⁸ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 41–42; ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., págs. 41 y ss.

Por último, en 1965, las Naciones Unidas, por iniciativa de Hungría, la Asamblea General creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en inglés *UNCITRAL*).¹⁴²⁹ Este organismo es el encargado de lograr la unificación y armonización del Derecho mercantil internacional.¹⁴³⁰ Tuvo 29 miembros en su origen y fueron aumentados a 36. El objetivo específico de *UNCITRAL* era la elaboración de un proyecto de ley uniforme, y para ello se podía trabajar sobre la base del Proyecto de 1964 y bien, nombrar una nueva comisión de estudio.¹⁴³¹ Se prefirió la segunda alternativa, ante el escaso apoyo internacional de la primera. En 1969 se nombra la comisión, compuesta por catorce miembros, que representaban distintas miradas económicas, sociales y sistemas jurídicos.¹⁴³² Se designó a una segunda comisión, compuesta por siete miembros, cuyo objetivo era la elaboración de una convención internacional sobre plazos de caducidad y prescripción en materia de compraventas internacionales. El proyecto presentado por esta comisión fue aprobado el 14 de junio de 1974 y se llamó Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías. El trabajo de la primera comisión, bajo la presidencia del mexicano Jorge BARRERA GRAF, fue más arduo y se completó en nueve reuniones anuales, (se debe señalar que los países que participaron con mayor entusiasmo fueron México, USA, URSS, Japón, Ghana y Hungría). La comisión

¹⁴²⁹ Cfr.: FERRARI, *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Op. Cit., pág. 5.

¹⁴³⁰ Con relación a la armonización del Derecho privado económico, VALPUESTA GASTAMINZA señala que: “Una de las tendencias más constantes del Derecho privado económico del último tercio del siglo XX ha sido la búsqueda de un texto normativo común para los negocios privados”. VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Eduardo Valpuesta Gastaminza (Coord.), Ed. Bosch, S. A., 2011, págs. 61–87.

¹⁴³¹ Los trabajos del GRUPO DE TRABAJO se extendieron entre 1970–1977. Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., pág. 56.

¹⁴³² Los miembros eran Estados Unidos, Unión Soviética, Kenia, Hungría, Francia, Brasil, Ghana, Irán, Japón, India, Noruega, Túnez, Reino Unido y México. Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 44.

recomendó aprobar nueve textos sobre la formación del contrato y la compraventa internacional de mercaderías, que fueron aprobados en la décima sesión y fueron refundidos en un solo texto uniforme. El 19 de junio de 1978, *UNCITRAL* aprobó unánimemente la convocatoria para discutir el texto presentado por la Comisión.¹⁴³³ Posteriormente, el 16 de diciembre de 1978 la Asamblea General de la ONU aprobó celebrar una conferencia internacional¹⁴³⁴ en Viena en 1980,¹⁴³⁵ por ello al texto final se le llamó la Convención de Viena de 1980.¹⁴³⁶ Además de regular el contrato de compraventa internacional, lo que se traduce en una enorme facilitación para el comercio internacional, a la luz de las visiones de diversos ordenamientos jurídicos, la importancia de la CV radica en que fue el primer texto que fusiona nociones propias del *common law* con principios del *civil law*,¹⁴³⁷ de manera armónica y coherente,¹⁴³⁸ lo que

¹⁴³³ En este sentido, CAMPUZANO DÍAZ señala que: “En la 209ª sesión de la Comisión, celebrada el 19 de junio de 1978, se aprobó por unanimidad la convocatoria de una Conferencia Diplomática para discutir el proyecto”. CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., pág. 60.

¹⁴³⁴ En este sentido, SCHWENZER y HACHEM señalan que: “Between March 10 and April 5, 1980, delegates from sixty-two nations deliberated the CISG at the now famous Vienna Conference”. SCHWENZER y HACHEM, “The CISG – Successes and Pitfalls”, *The American Journal of comparative law*, vol. 57, n° 2, Op. Cit., págs. 459–460. Cfr.: BONELL, M. J.: “CISG, European Contract Law”, *The American Journal of comparative law*, vol. 56, n° 1, George A. Bermann, James R. Gordley y Mathias W. Reimann (Edits.), The American Society of Comparative Law, Inc., Oxford, 2008, págs. 1–2.

¹⁴³⁵ La Conferencia se llevó a cabo entre el 10 de marzo y el 11 de abril de 1980, a la que concurrieron 62 países, un estado observador y varias organizaciones internacionales. Cfr.: CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Op. Cit., pág. 61.

¹⁴³⁶ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 44–47. En cuanto a la fuerza obligatoria de la CONVENCION DE VIENA, GARRO y ZUPPI señalan que: “A diferencia de lo que sucede con otras convenciones, la Convención de Viena de 1980 no contiene una cláusula que obligue a los Estados contratantes a adaptar el derecho interno a la Convención. Esta característica es consecuencia de la amplitud con que la Convención puede ser dejada de lado total o parcialmente por las partes (art. 6º). Por consiguiente, resulta más apropiado considerar la Convención como un tratado internacional que produce el desplazamiento de la legislación interna a la que normalmente se encuentran sujetos los contratantes, a menos que otra cosa haya sido pactada entre las partes cuando los Estados contratantes han hecho la reserva del art. 1º (1) (b) [...]”. *Ibidem*, pág. 51.

¹⁴³⁷ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO señala que: “[...] aunque partan de caminos diversos y discurren en ocasiones por caminos diferentes, *common law* y sistemas romano-germánicos suelen confluir con frecuencia en el mismo destino”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática*,

ha servido de modelo¹⁴³⁹ para la elaboración de otros textos.¹⁴⁴⁰ En cuanto a la estructura de la CV, ésta consta de un Preámbulo y cuatro partes. La Parte I (artículos 1 a 13), regula el ámbito de aplicación de la Convención. La Parte II (artículos 14 a 24), se refiere a la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. La Parte III, titulada “Compraventa de mercaderías” (artículos 25 a 88), dispone normas que regulan los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de compraventa internacional de mercaderías. Por último, la Parte IV cuyo epígrafe es “Disposiciones Finales”, trata del depósito y la adhesión de los distintos estados a la Convención.¹⁴⁴¹

2.2.– ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

2.2.1.– PLANTEAMIENTO.

La Convención de Viena de 1980 se refiere al incumplimiento de contrato¹⁴⁴²

propuestas y perspectivas, Op. Cit., pág. 106.

¹⁴³⁸ Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Prólogo”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 11.

¹⁴³⁹ En este sentido, SCHWENZER y HACHEM señalan que: “*Between March 10 and April 5, 1980, delegates from sixty-two nations deliberated the CISG at the now famous Vienna Conference*”. SCHWENZER y HACHEM, “The CISG – Successes and Pitfalls”, *The American Journal of comparative law*, vol. 57, nº 2, Op. Cit., págs. 459–460.

¹⁴⁴⁰ Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Op. Cit., págs. 678–679.

¹⁴⁴¹ Cfr.: VÁZQUEZ LEPINETTE, T.: *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional. La obligación de conservación en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Un estudio transversal de la Convención de Viena)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 104–105.

¹⁴⁴² En este sentido, GARRO y ZUPPI señalan que: “Desde el punto de vista técnico, la comprensión de la gama de sanciones o remedios en favor del comprador presenta dificultades. Esta complejidad responde, en primer lugar, a la introducción del concepto de «incumplimiento esencial» en el art. 25, y, en segundo

por parte del vendedor entre los artículos 45 a 52, y al incumplimiento de contrato por parte del comprador entre los artículos 61 a 65.¹⁴⁴³ Es necesario tener presente también, las disposiciones generales que se refieren a la resolución del contrato (artículos 25 a 29).¹⁴⁴⁴

La CV sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, prevé que, en caso de incumplimiento esencial de las obligaciones contempladas en ella, se autoriza al contratante cumplidor para solicitar la resolución del contrato, de tal manera que no se vean mermadas las legítimas expectativas del contratante cumplidor en el negocio.¹⁴⁴⁵ La Convención recepciona la “*fundamental breach of the contract*”,¹⁴⁴⁶ propia del *common law*,¹⁴⁴⁷ que supone un incumplimiento esencial de la obligación,¹⁴⁴⁸

lugar, a la incorporación en la Convención de acciones previstas por sistemas jurídicos diferentes”. GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 173–174.

¹⁴⁴³ Cfr.: *Ibidem*, pág. 173.

¹⁴⁴⁴ En este sentido, ZUPPI clasifica los remedios para el caso de incumplimiento contractual: (a) remedios que persiguen la conservación del contrato; (b) remedios que persiguen la terminación del contrato y (c) remedios que persiguen el saneamiento del perjuicio. Cfr.: ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., pág. 232.

¹⁴⁴⁵ En este sentido, como se vio, WITZ expresa lo siguiente: “*Plusieurs décisions ont eu à vérifier si la contravention était essentielle à la suite de la livraison de marchandises non conformes, d’une livraison tardive ou partielle, du non-paiement du prix par l’acheteur ou encore en raison de la violation d’obligations secondaires pesant sur le vendeur*”. WITZ, C.: *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, L. G. D. J., Paris, 1995, pág. 94. Cfr.: GHESTIN, J.: “Les obligations du vendeur”, *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*, Actes du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989, L. G. D. J., Paris, 1990, págs. 107 y ss.

¹⁴⁴⁶ Cfr.: LEVASSEUR, A.: “The Louisiana experience”, *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona Conference 2003, Franco Ferrari (Edit.), Sellier, European Law Publishers, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2003, pág. 93.

¹⁴⁴⁷ Al respecto, *vid.*: DE DONATIS, A.: L’autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale. Gli ordinamenti interno e convenzionale e il progetto di riforma del 1990 del Diritto Internazionale Privato, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1991, págs. 25 y ss.

¹⁴⁴⁸ En este sentido, WILL señala que: “*Article 25 attempts to define «fundamental breach». This concept, though unfamiliar in many parts of the world, is fundamental to the Convention’s remedy system*”. WILL, M.: “Part III. Sale of goods. Chapter I. General Provisions. Article 25”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, pág. 205.

que se hubiere verificado o bien, que previsiblemente se pudiese producir.¹⁴⁴⁹ Lo anterior se encuentra plasmado en el art. 25 de la Convención, que señala:¹⁴⁵⁰ “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.¹⁴⁵¹ En este sentido, la doctrina ha postulado que la esencialidad del incumplimiento depende del perjuicio a los intereses del contratante cumplidor, y no de las condiciones cuantitativas.¹⁴⁵² Lo anterior tiene una gran relevancia, pues, la magnitud del incumplimiento no incide en la resolución del contrato, sino la percepción del mismo por parte del contratante cumplidor (que exista perjuicio a sus intereses). Así, el retraso en el cumplimiento de la obligación en un par de días, aparentemente no supondría la resolución del contrato, pero, cuando éste significa un perjuicio para los intereses del contratante cumplidor, deriva en la facultad de éste para solicitar la resolución del contrato, v. gr., un sastre celebra un contrato de compraventa de telas, de cierta cuantía, para fabricar trajes que le habían sido encargados por un importante cliente, los trajes deben ser entregados con cierta rapidez, pues se estipula entre ellos un término de entrega. El cumplimiento del contrato por parte del sastre le supone una

¹⁴⁴⁹ Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Presentación de Fernando Ruiz Piñeiro, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2005, pág. 203.

¹⁴⁵⁰ Al respecto, vid.: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 211; SCHLECHTRIEM, P.: “Part III, Sale of Goods, Chapter I, General Provisions, Article 25”, *Commentary on the un Convention on the international sale of goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 281–298; WILL, “Part III. Sale of goods. Chapter I. general Provisions. Article 25”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Op. Cit., págs. 205–221. Ahora bien, las fuentes de esta norma son: (i) art. 10 LUVI y art. 23 del Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1978.

¹⁴⁵¹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 8.

¹⁴⁵² Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención*

cuantiosa ganancia, sin embargo, las telas no le son entregadas. Desde 1962, (caso *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*) los tribunales ingleses toman en cuenta la gravedad del incumplimiento, centrándose así, en las consecuencias del mismo. Así, el incumplimiento debe frustrar el fin comercial de la empresa o despojar sustancialmente al acreedor de la(s) ventaja(s) que pretendía obtener, esto es, apuntar hacia el núcleo del negocio (*condition*).¹⁴⁵³ Por ello, en el Derecho inglés se habla del “*fundamental breach of contract*”, que se produce cuando estamos frente al incumplimiento de una cláusula esencial (“*essential or fundamental term*”).¹⁴⁵⁴ La distinción entre incumplimiento esencial e incumplimiento no esencial, proviene del *common law*. En éste se distingue entre *conditions* y *warranties*.¹⁴⁵⁵ Para que se produzca un *fundamental breach of contract*, según CABANILLAS SÁNCHEZ, deben existir tres requisitos: (a) Incumplimiento de una obligación. El incumplimiento no será reputado esencial, cuando el deudor tiene la facultad para rehusar el cumplimiento de la obligación y cuando el acreedor no presta la debida colaboración para facilitar el cumplimiento. (b) Que se lesione un interés contractual esencial. La determinación de la entidad del daño, se determina en relación con el nivel de expectativas que tenía el acreedor. Así, en la Conferencia de Viena, el alemán KLINGSPORN dejó de manifiesto que ello se establece sobre la base del análisis de las cláusulas contractuales. Se agrega que esta noción equivale a la existencia de una “lesión contractual grave”, atendidas las circunstancias particulares del caso concreto. Ahora bien, este incumplimiento esencial, en opinión general de la doctrina (ALPA, BESSONE y DRAETTA, entre otros), no exige del elemento culpa o dolo, porque el legislador hizo alusión a la “previsibilidad” del incumplimiento, con ello, se deja fuera la culpa como requisito del incumplimiento

de Viena de 1980, y otros textos complementarios, Op. Cit., pág. 204.

¹⁴⁵³ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ señala que: “El *fundamental breach of contract* se produce cuando el incumplimiento afecta a la raíz misma del contrato (*it goes to the root of the contract*)”. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Parte III.— Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 213.

¹⁴⁵⁴ Cfr.: *Ibidem*, págs. 212–213.

¹⁴⁵⁵ Cfr.: *Ibidem*, pág. 212.

esencial, consagrándose un sistema objetivo. Además, se agregan argumentos de texto: el art. 79.1 de la CV dispone que: “Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”.¹⁴⁵⁶ Desde este punto de vista, la carga de la prueba pesa sobre el deudor, quien tendrá que acreditar que realizó todo lo que estaba a su alcance para cumplir en forma diligente con su obligación. Por ello se dice que el sistema de la CV es de “responsabilidad objetiva atenuada”. Como se ha visto, este sistema (objetivo) ha tendido a remplazar al sistema subjetivo o por culpa, propio del modelo francés, aun cuando, en mi opinión, merece ciertas dudas, pues, es del todo cuestionable que la obligación se sustente únicamente en el principios económicos, y que se abandonen los sustentos morales o éticos (y también jurídicos), como la buena fe y la equidad natural. (c) La previsibilidad del perjuicio. La previsibilidad supone que debe existir una probabilidad del resultado dañoso por parte del deudor, al momento de incumplir con su obligación, para que proceda la resolución contractual. Lo anterior se fundamenta en lo siguiente: el Derecho le exige este comportamiento “razonable”¹⁴⁵⁷ a toda persona que se encontrara en las mismas condiciones, por tanto, lejos de subjetivar la resolución, la objetiviza, pues, se trata de comparar la conducta particular del deudor, con lo que hubiera realizado una persona de

¹⁴⁵⁶ Cfr.: SALVADOR CORDECH, P.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Cuarta. Exoneración, arts. 79 a 80”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 635.

¹⁴⁵⁷ En este sentido, VÁZQUEZ LEPINETTE señala que: “A nuestro entender, la única forma de dotar de un contenido preciso y objetivo al criterio de orientación ético-social que constituye la buena fe es mediante su conexión con el modelo proporcionado por operador medio en el tráfico. La traducción de esta idea a la Convención es que la buena fe habrá de dotarse de contenido con arreglo a lo que fuera razonable esperar en cada caso concreto [...]”. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional. La obligación de conservación en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Un estudio transversal de la Convención de Viena)*, Op. Cit. págs. 175–176.

la misma condición en igual situación (de ahí el parámetro de “razonabilidad”).¹⁴⁵⁸ El deudor, debe acreditar que no ha previsto el resultado dañoso para el acreedor, y, además, probar que no hubiere sido posible preverlo, por una persona razonable, en iguales circunstancias.¹⁴⁵⁹ Esta influencia del derecho anglosajón modifica así, el horizonte que miraba la mayoría de la doctrina española. Además, el art. 25, es explícito al exigir que la consecuencia del incumplimiento sea conocida o previsible por el contratante incumplidor.¹⁴⁶⁰

Un aspecto importante que es dable mencionar en este punto, es la existencia de una “falta de conformidad”,¹⁴⁶¹ derivada de la cantidad de mercaderías entregadas (art. 35 de la Convención),¹⁴⁶² por que el vendedor entrega una cantidad menor de la estipulada en el contrato, y dicho incumplimiento tiene el carácter de “esencial”, conforme al art. 25, el comprador puede optar por la acción de resolución del contrato o la acción de reducción del precio.¹⁴⁶³ Pero, si el incumplimiento no reviste el carácter de

¹⁴⁵⁸ A este respecto, CABANILLAS SÁNCHEZ señala lo siguiente: “El artículo 23 del Proyecto de Convención de 1978 no especificaba en qué momento la parte que ha incumplido debía prever las consecuencias del incumplimiento, si era en el momento en que el contrato se ha celebrado o en el momento del incumplimiento. La Secretaría de Naciones Unidas afirma en el comentario que en caso de litigio es al tribunal al que corresponde dilucidarlo”. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Parte III.— Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 217.

¹⁴⁵⁹ Cfr.: *Ibidem*, págs. 214–218.

¹⁴⁶⁰ Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 204.

¹⁴⁶¹ Al respecto, *vid.*: VAQUER ALOY, A.: “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. I, enero–marzo 2011, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011, págs. 5–39.

¹⁴⁶² En este caso, la STS de 16 de enero de 2008, (RJ/2008/32), rechaza la demanda de incumplimiento contractual, presentada por *IMPORGESS GMBH* contra dos empresas españolas, entre otros motivos, por no darse en la especie, una «falta de conformidad» (art. 35 CV). Cfr.: ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: “Jurisprudencia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008, pág. 911.

¹⁴⁶³ Por su parte, la misma sentencia del STS de 16 de enero de 2008, (RJ/2008/32), dispone que: “[...] El régimen del contenido obligacional de los contratos sometidos al ámbito de aplicación de la Convención se regula en su parte primera, cuyo capítulo primero se abre con la declaración contenida en el art. 25,

esencial, entonces la reducción del precio se constituye en la sanción aplicable para el vendedor. Por último, si la falta de conformidad deriva de una entrega de mayor cantidad de mercaderías de las estipuladas, el comprador tiene la opción aceptarlas o rehusar la cantidad excedente de mercaderías, (art. 52.2 de la CV¹⁴⁶⁴).¹⁴⁶⁵ Se consagra asimismo, la resolución unilateral, la que produce efectos desde que se comunica al contratante incumplidor,¹⁴⁶⁶ (art. 26 de la Convención).¹⁴⁶⁷ Por su parte, el art. 27 de la Convención dispone que: “Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación”.¹⁴⁶⁸

conforme al cual, el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. Cfr.: ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: “Jurisprudencia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, Op. Cit., pág. 915.

¹⁴⁶⁴ El artículo 52.2 de la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 dispone que: “Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar la recepción de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 17.

¹⁴⁶⁵ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 190–191.

¹⁴⁶⁶ En este sentido, GARRO y ZUPPI expresan que: “El mecanismo regulado por la Convención parece ser más acorde con las particularidades del contrato internacional, ya que la distancia aconseja la necesidad de notificar la intención de resolver”. *Ibidem*, pág. 203.

¹⁴⁶⁷ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 8.

¹⁴⁶⁸ *Ídem*.

2.2.2.– EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE VENTA.¹⁴⁶⁹

La resolución del contrato de venta supone la desaparición de las obligaciones emergentes del mismo,¹⁴⁷⁰ excepto la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al contratante cumplidor.¹⁴⁷¹ En este sentido, el art. 81 de la Convención¹⁴⁷² dispone que:¹⁴⁷³ “1) La resolución¹⁴⁷⁴ del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo a la indemnización de daños y perjuicios¹⁴⁷⁵ que pueda ser debida.¹⁴⁷⁶ La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución. 2) La parte que haya

¹⁴⁶⁹ Al respecto, *vid.*: ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., págs. 237 y ss.

¹⁴⁷⁰ En este sentido, MONTÉS PENADÉS señala que: “El texto de este artículo procede del artículo 78 LUVI, salvo el segundo inciso del párrafo 1. El segundo inciso, como el resto, procede del proyecto UNCITRAL de 1978, con ligeras variantes terminológicas”. MONTÉS PENADÉS, V.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 660.

¹⁴⁷¹ *Cfr.*: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 211.

¹⁴⁷² *Cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 661.

¹⁴⁷³ En este sentido, HORNUNG expresa que: “Article 81 was adopted in almost the same form as Article 78 ULIS. The words ‘any provision of the contract for the settlement of disputes’ were added in Article 81 (1), second sentence, for clarification purposes. The current, more extensive version, which refers also to ‘any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract’ was included in the Vienna Draft as Article 52. After some minor changes, the article was adopted as Article 81 CISG at the Vienna Conference, its wording differing slightly from Article 66 of the New York Draft”. HORNUNG: “Article 81”, *Commentary on the un Convention on the international sale of goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 853–854.

¹⁴⁷⁴ La traducción española usa el vocablo “resolución” (“avoidance” en la versión inglesa, que supone una conducta imputable del deudor). *Cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 660.

¹⁴⁷⁵ Esta excepción también se aplica en los Derechos italiano (art. 1453.1 *Codice civile*), francés (art. 1184.II *Code*) y norteamericano (§ 2–711 del *Unifor Commercial Code*). *Cfr.*: *Ibidem*, pág. 661.

¹⁴⁷⁶ En este sentido, MONTÉS PENADÉS expresa que: “Pero es claro que la resolución sólo produce efectos desde el momento en que se ejerce la facultad resolutoria [...]”. *Ídem*.

cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente”.¹⁴⁷⁷

La Convención, a diferencia del *BGB* alemán, deja a salvo la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, la doctrina señala, del análisis de los arts. 45.1, 45.2, 49, 61.1 y 61.2 de la Convención,¹⁴⁷⁸ que se trata de una indemnización por el interés contractual positivo, esto es incluye el valor de la pérdida efectiva y la ganancia legítima que el acreedor dejó de percibir producto del incumplimiento.¹⁴⁷⁹

No obstante lo que dispone el art. 81, existen algunas obligaciones, (aparte de la indemnización de daños y perjuicios) que no se extinguen, éstas son:¹⁴⁸⁰ (a) las obligaciones acordadas para fijar el marco de solución de controversias, *v. gr.*, la sustracción de la justicia ordinaria por un árbitro o la sumisión a la jurisdicción de un tribunal de cierto país; (b) las estipulaciones de las partes, acordadas en el contrato, que se refieran a los efectos de la resolución, y siempre que versen sobre una materia propia de la esfera de la autonomía de la voluntad, *v. gr.*, el establecimiento de una cláusula penal; (c) Las obligaciones que se refieran a la repetición de lo dado o pagado en virtud de un contrato de compraventa internacional de mercaderías resuelto; (d) en cuarto

¹⁴⁷⁷ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 26.

¹⁴⁷⁸ *Cfr.*: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V.: “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Colección Monografías de Derecho civil, II. Obligaciones, M^a. del Carmen Gómez Laplaza (Coord.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2012, pág. 215.

¹⁴⁷⁹ *Cfr.*: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 664.

¹⁴⁸⁰ Al respecto, *vid.*: TALLON, D.: “Section V. Effects of avoidance. Article 81”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, págs. 601–606.

lugar, el art. 78 de la Convención¹⁴⁸¹ dispone que: “Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”,¹⁴⁸² y, por último, (e) existe la obligación de conservación de las mercaderías.¹⁴⁸³

Resulta claro para la doctrina, que la resolución no afecta a los terceros, pues, en esta materia se aplica el Derecho interno, según se analiza precedentemente.¹⁴⁸⁴

Por otra parte, cuando las obligaciones ya fueron cumplidas, la Convención, si bien no consagra la retroactividad como solución inmediata, dispone en su art. 81.2 que proceden las prestaciones mutuas, es decir, las partes se deben recíprocamente devolver lo que se hubieren dado o pagado en virtud del contrato. La convención, tímidamente establece esta solución, pues, no indaga mayormente en el procedimiento de restitución. En este sentido, la doctrina ha planteado que se aplica, en esta materia, el Derecho interno de cada Estado.¹⁴⁸⁵ Para MONTÉS PENADÉS, se debe distinguir entre la compraventa de cosas muebles (aquí rige el art. 1505 CC, según el cual la resolución

¹⁴⁸¹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 25.

¹⁴⁸² Con relación al artículo 78 de la COVENCIÓN DE VIENA DE 1980, vid.: ZELLER, B.: *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications Inc., New York, 2005, págs. 133–142.

¹⁴⁸³ Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., págs. 211–212. En este sentido, SAN JUAN CRUCELAEGUI expresa lo siguiente: “Si bien la transmisión de los riesgos del contrato de compraventa impone a las partes la obligación de soportar la pérdida o deterioro que hubieran podido sufrir las mercaderías según el momento en que los riesgos hubieran sido trasladados del vendedor al comprador, ello no comporta que las partes puedan desentenderse libremente de la obligación de evitar dicha pérdida o deterioro en aquellas situaciones en las que, aun no estando obligadas a soportar el riesgo, las mercaderías se hallaren en su poder o bajo su control”. *Ibidem*, pág. 212.

¹⁴⁸⁴ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 661.

¹⁴⁸⁵ Cfr.: *Ibidem*, pág. 668.

opera *ipso iure*) y los restantes casos de resolución (se aplica la regla general el art. 1124 del CC).¹⁴⁸⁶

2.2.3.– OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE CONSERVAR LAS MERCADERÍAS.

La obligación del vendedor de conservar las mercaderías se refiere al caso en que el vendedor está dispuesto a cumplir, pero el comprador demora la retirada de las mercaderías.¹⁴⁸⁷ Entonces, el vendedor no puede abandonar las mercaderías arriesgando su pérdida o deterioro, así lo establece el artículo 85 de la Convención, que dispone: “Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado”.¹⁴⁸⁸ Según la doctrina, esta norma tiene aplicación cuando el comprador incurre en mora de recibir las mercaderías, y el vendedor ha dispuesto de ellas (están en su posesión o en manos de un agente). La entrega de las mercaderías, implica que el comprador debe ejecutar todos los actos que están razonablemente a su alcance, para facilitar la entrega de las mismas. Esta norma,

¹⁴⁸⁶ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., págs. 668–669.

¹⁴⁸⁷ Vid.: BARRERA GRAF, J.: “Section VI. Preservation of the goods. Article 85”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, págs. 613–619.

¹⁴⁸⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., págs. 27–28.

además, le otorga un derecho de retención al vendedor,¹⁴⁸⁹ cuando el comprador no ha pagado el precio de las mercaderías. Es decir, la obligación del vendedor de entregar las mercaderías se suspende, y surge la obligación para el vendedor de adoptar todas las medidas razonables para conservar las mercaderías pudiendo el vendedor, además, requerir al comprador para que reciba las mercaderías (art. 60. b) y solicitar una indemnización de daños y perjuicios se procede (arts. 76.1 b) y 74 a 77).¹⁴⁹⁰ Las medidas que puede adoptar el vendedor, con el fin de conservar las mercaderías, pueden ser: (a) guarda de las mercaderías; (b) depósito de las mercaderías en un almacén, a expensas del comprador, siempre que los costes del depósito no resultaren excesivos (art. 87 de la Convención);¹⁴⁹¹ (c) revender las mercaderías, (art. 88 de la Convención).¹⁴⁹² Respecto de esto último, es necesario hacer dos observaciones: (i) la

¹⁴⁸⁹ En este sentido, MONTÉS PENADÉS señala que: “Este derecho de retención puede actuarse mediante un depósito en almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, según establece el artículo 87, como más adelante veremos, y puede conducir también a la venta, en las condiciones que señala el artículo 88, al que más adelante nos hemos de referir”. MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 687.

¹⁴⁹⁰ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., págs. 685–686. Agrega MONTÉS PENADÉS que: “Dado el tenor literal del precepto, [art. 85] que juega con las ideas de razonabilidad y atención a las circunstancias, el juez dispondrá de un amplio arbitrio para discernir si el vendedor cumplió adecuadamente ese deber. En todo caso podrá ese cumplimiento incidir, a tenor de cuanto dispone el artículo 77, en la indemnización de daños y perjuicios. El parámetro de razonabilidad debe ser entendido conforme al criterio establecido en el artículo 8.3 del Convenio, y es materia en la que tendrán especial relevancia las prácticas y especialmente los usos del tráfico”. *Ibidem*, págs. 686–687.

¹⁴⁹¹ El art. 87 de la CONVENCIÓN dispone que: “La parte que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 28.

¹⁴⁹² Por su parte, el art. 88 de la CONVENCIÓN dispone que: “1) La parte que esté obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 y 86 podrá venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender. 2) Si las mercaderías están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservarlas conforme a los artículos 85 u 86 deberá adoptar medidas razonables para venderlas. En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender. 3) La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta. Esa parte deberá abonar el saldo a la otra parte”. *Ibidem*, págs. 28–29.

posibilidad de reventa de las mercaderías por parte del vendedor, implica la extinción del cumplimiento forzado que el comprador pudiese demandar de aquél; (ii) el vendedor debe estar en posesión de las mercaderías para poder cumplir con la obligación de conservación de las mismas.

2.2.4.– OBLIGACIÓN DEL COMPRADOR DE CONSERVAR LAS MERCADERÍAS.¹⁴⁹³

El comprador también está obligado a conservar las mercaderías, en el caso de que las hubiere recibido y tiene la intención de ejercer una acción encaminada a rechazar las mismas. En efecto, el art. 86 de la Convención dispone que: “1) El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado. 2) Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente”.¹⁴⁹⁴ Esta norma distingue dos

¹⁴⁹³ Al respecto, *vid.*: VÁZQUEZ LEPINETTE, *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional. La obligación de conservación en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Un estudio transversal de la Convención de Viena)*, Op. Cit. págs. 193 y ss.

¹⁴⁹⁴ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de*

situaciones en que puede encontrarse el comprador: (i) en caso de que hubiera recibido los bienes y pretende repudiarlos y (ii) si aun no hubiere recibido las mercaderías y pretende rechazarlas.¹⁴⁹⁵ En estos casos, el comprador está facultado para rechazar las mercaderías, ante el incumplimiento por parte del vendedor de cualquiera de las obligaciones que tiene (desde la existencia de un defecto en el producto entregado hasta la entrega del mismo en un lugar distinto al convenido en el contrato). Esta facultad deberá ser ejercida por el comprador en un plazo razonable,¹⁴⁹⁶ notificándole al vendedor su manifestación de voluntad en este sentido (art. 39.1), de tal forma que el comprador perderá su facultad si no avisa oportunamente al vendedor de su intención de rechazar las mercaderías (art. 39.2).¹⁴⁹⁷ En este caso, el comprador puede: (i) depositar las mercaderías en un almacén, a expensas del vendedor, siempre que los costes no resultaren excesivos, o (ii) “[...] venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender”.¹⁴⁹⁸

las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Op. Cit., pág. 28.

¹⁴⁹⁵ GARRO, A. M. y PERALES VISCASILLAS, P.: “Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. III, julio–septiembre 2008, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 1403 y ss.

¹⁴⁹⁶ En este sentido, la SAP de Asturias, de 29 de septiembre de 2010, (AP/412/2010), dispone que: “[...] máxime teniendo en cuenta que se trata de una compraventa internacional de mercancías y que existe un Tratado Internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, suscrito por Argentina y por España, en cuyo art. 39 se estipula que el comprador podrá invocar la falta de conformidad de las mercaderías comunicándolo al vendedor en un «plazo razonable» a partir del momento en que la haya o debiera haber descubierto y, en todo, caso, en un máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un periodo de garantía contractual [...]”. *ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: “Jurisprudencia”*, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2010, pág. 1033.

¹⁴⁹⁷ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 689.

¹⁴⁹⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág.

2.2.5.– NORMAS COMUNES APLICABLES A LOS CONTRATANTES.

(a) Como ya se dijo, la Convención de Viena le otorga un derecho de retención a cada contratante, hasta que obtenga el reembolso de los gastos razonables en que hubiere incurrido para conservar las mercaderías. (arts. 85 y 86 de la Convención).¹⁴⁹⁹

(b) La facultad de reventa de que disponen los contratantes. Como el vendedor está obligado a conservar las mercaderías, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 y 86 de la Convención,¹⁵⁰⁰ por cualquier medio apropiado, en caso de que el comprador se hubiere demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar la devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación y siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender, puede el vendedor proceder a revender las mercancías (art. 88, n° 1 de la Convención).¹⁵⁰¹

28.

¹⁴⁹⁹ El art. 85 de la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 dispone que: “Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado”. A su vez, el art. 86 de la Convención señala que: 1) El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado. 2) Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., págs. 27–28.

¹⁵⁰⁰ Al respecto, *vid.*: BACHER: “Section VI. Preservation of the goods. Introduction to Articles 85–88”, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 895–914.

¹⁵⁰¹ *Cfr.*: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL:

(c) La parte que está en posesión de las mercaderías está obligada a conservarlas, conforme a los artículos 85 y 86. Deberá adoptar medidas razonables para venderlas, en el caso de que éstas estén expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, (art. 88, n° 2 de la Convención¹⁵⁰²).¹⁵⁰³

(d) Conforme a lo dispuesto en el artículo 88, n° 3 de la Convención: “La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta. Esa parte deberá abonar el saldo a la otra parte”.¹⁵⁰⁴ En este sentido, la doctrina ha señalado que no estamos frente a un derecho de retención en *stricto sensu*, sino que estamos ante un derecho de compensación, pues, el precio de la venta será entregado a la otra parte, deduciendo los gastos razonables en que se hubiere incurrido (almacenamiento, costes judiciales, etc.), excluyéndose el saldo de precio que el comprador adeude al vendedor en virtud del contrato.¹⁵⁰⁵

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Op. Cit., pág. 28; SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 213.

¹⁵⁰² En este sentido, MONTÉS PENADÉS señala que: “El artículo 88.2 no solamente admite o faculta para la venta, sino que de algún modo la impulsa, incluso cabría decir que impone el deber de tomar medidas razonables para vender los bienes. Afecta esta situación al obligado a conservar los bienes en las situaciones de los artículos 85 y 86 cuando se dan alguno de estos presupuestos: a) La mercaderías están expuestas a deterioro rápido. [...] b) Cuando el deber de conservar implica gastos irrazonables o excesivos”. MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 695.

¹⁵⁰³ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 28.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem*, pág. 29.

¹⁵⁰⁵ Cfr.: MONTÉS PENADÉS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 696.

2.2.6.– INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.¹⁵⁰⁶

2.2.6.1.– REMEDIOS DE QUE DISPONE EL COMPRADOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y, PRIMERAMENTE, DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.¹⁵⁰⁷

El artículo 45 n° 1 de la Convención dispone que:¹⁵⁰⁸ “Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 y 77”.¹⁵⁰⁹ Estos derechos o facultades de que dispone el comprador son: (1) La resolución de la obligación; (2) la substitución de las mercaderías disconformes

¹⁵⁰⁶ Al respecto, *vid.*: CABANILLAS SÁNCHEZ, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., págs. 220 y ss.

¹⁵⁰⁷ En este sentido, GARRO y ZUPPI señalan que: “Expuesto en forma sistemática, puede visualizarse el conjunto de remedios de la siguiente manera: 1. Remedios que persiguen la conservación del contrato: a) El otorgamiento de un plazo de gracia para el cumplimiento de las obligaciones (art. 47.1). b) Cumplimiento específico de la obligación (art. 46): 1. cuando ésta haya sido incumplida (art. 46.1). 2. cuando las mercaderías no han sido entregadas (art. 46.2). 3. cuando se han entregado mercaderías defectuosas (art. 46.3). c) Reducción del precio (art. 50): I) sobre la parte no entregada (art. 51.1). II) sobre la parte defectuosa (art. 50). d) Suspensión del cumplimiento de las obligaciones (art. 71): I) suspensión en general (art. 71.1). II) negativa a recibir las mercaderías (art. 52.1 y 2). e) Daños y perjuicios (art. 45.2). 2. Remedios que persiguen la terminación del contrato: a) Resolución por incumplimiento esencial (art. 49.1a). b) Resolución por vencimiento del plazo de gracia (art. 49.1b). c) Resolución anticipada: I) por incumplimiento evidente (art. 72.1). II) por declaración del vendedor (art. 72.3). 3. Remedios que persiguen el saneamiento del perjuicio sufrido: a) Mediante el pago de daños y perjuicios (art. 45.2). b) Mediante el derecho de retención: I) sobre las mercaderías (art. 86). II) sobre el precio de la venta (art. 88.3). c) Medianete el pago de intereses: I) por toda la suma adeudada (art. 78). II) por el precio pagado (art. 84.1)”. GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 174–175.

¹⁵⁰⁸ Al respecto, *vid.*: ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Op. Cit., págs. 63–67.

¹⁵⁰⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 14.

(“*nacherfüllung*”);¹⁵¹⁰ (3) la reparación de las mercaderías y (4) la rebaja del precio.¹⁵¹¹ Respecto de la resolución por incumplimiento esencial, la doctrina, en general, ha señalado que la CV ha tratado de evitarla, ya que se considera que, si la resolución fuere procedente frente a cualquier clase de incumplimiento, el contratante cumplidor tendrá una mayor facilidad para inclinarse hacia la resolución, en vez de preferir otra clase de remedio, que suponga la mantención del negocio.¹⁵¹² Respecto de la resolución por incumplimiento, conviene, por razones de orden, analizar por separado la resolución por incumplimiento esencial¹⁵¹³ y la resolución por vencimiento del plazo de gracia.

2.2.6.1.1.– RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO ESENCIAL.

Ya se ha aludido al art. 25 de la CV, y al respecto sólo mencionaremos un par de comentarios con el fin de entender de mejor forma esta norma.¹⁵¹⁴ En este sentido, se debe recordar que sólo el incumplimiento esencial es motivo de resolución del contrato. Se entiende por tal, aquel que cause a la otra parte un perjuicio que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la

¹⁵¹⁰ Cfr.: SCHULZE, “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 57.

¹⁵¹¹ En este sentido, SAN JUAN CRUCELAEGUI señala que: “[...] Dichas alternativas pueden ser ejercidas por el comprador si el vendedor no cumpliera con sus obligaciones en debida forma, y son utilizables sin necesidad de que el comprador deba intimar al vendedor, ni deba concederle plazo adicional para el cumplimiento. En suma, para prevalecerse de tales remedios, es suficiente el hecho de que el vendedor no hubiera cumplido alguna de sus obligaciones contractualmente asumidas”. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 222.

¹⁵¹² Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 197.

¹⁵¹³ Cfr.: GARCÍA PÉREZ, R.: “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, BIB 2012\3025, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil–Mercantil* n° 7/2012 (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2012. En <<http://www.westlaw.es/>>, pág. 20.

¹⁵¹⁴ Cfr.: VAN ZELST, *The politics of European sales law. A Legal–Political Inquiry into the Drafting of Uniform Commercial Code, The Vienna Sales Convention, The Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of Europeanization of Private Law*, Op. Cit., págs. 116–117.

parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. Cuando el vendedor hubiera entregado las mercaderías, el derecho de resolución del comprador está limitado por los arts. 26 y 49.2 CV, que obligan al comprador a notificarle al vendedor su voluntad para resolver el contrato, dentro de un plazo razonable. La determinación de si el plazo fue o no razonable queda entregada al juez de fondo. Otro límite a la resolución por incumplimiento, se consagra en el art. 82.2 CV, que dispone: “El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido”.¹⁵¹⁵

2.2.6.1.2.– RESOLUCIÓN POR VENCIMIENTO DEL PLAZO DE GRACIA.

A este respecto se refiere el art. 49.1 b) CV,¹⁵¹⁶ en el que se prevé el remedio de la resolución a favor del comprador,¹⁵¹⁷ cuando el vendedor no le ha entregado las mercaderías estipuladas,¹⁵¹⁸ una vez vencido el plazo de gracia que le concedió el comprador para tal efecto. Para que se entienda resuelto el contrato, no basta con que se

¹⁵¹⁵ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 26. Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 197–198.

¹⁵¹⁶ El art. 49.1 b) de la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980, dispone que: “[...] en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 15.

¹⁵¹⁷ Al respecto, vid.: LÓPEZ LÓPEZ, Á.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 45 a 52”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 405–461.

¹⁵¹⁸ En este sentido, ADAME GODDARD señala que: “Este es un reenvío a la decisión de los jueces, quienes deberían tener en cuenta lo que dispone el artículo 8–3 acerca de cómo determinar lo que es razonable”. ADAME GODDARD, J.: *La obligación del vendedor de entregar las mercancías, según la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, interpretada a la luz del Derecho romano clásico*. En <<http://www.uncitral.org>>, pág. 114.

cumpla el plazo de gracia, sino que además se necesita de una manifestación de voluntad del comprador en este sentido. Esto es, mediante una notificación o aviso se procede a resolver el contrato, unilateralmente, y sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional.¹⁵¹⁹ La jurisprudencia española ha acogido la resolución contractual, conforme al texto de la CV.¹⁵²⁰

2.2.6.1.3.– RESOLUCIÓN ANTICIPADA.

Conforme al art. 72.1 CV,¹⁵²¹ en caso de ser patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, podrá la otra pedir la resolución del contrato.¹⁵²² Los requisitos de procedencia de esta facultad están señalados en el art. 72.1 son: (a) que exista una amaneza de incumplimiento y (b) que el incumplimiento, de producirse, será esencial. Este caso de resolución anticipada del contrato también se

¹⁵¹⁹ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 201–202.

¹⁵²⁰ Así, la STS de 9 de diciembre de 2008, (RJ/2008/34), dispone que: “a) Efectivamente es aplicable al caso el art. 33 b) del Convenio conforme al que «el vendedor deberá entregar las mercaderías, cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha», y obviamente, una vez producida la puesta a disposición, el comprador puede elegir el momento concreto para hacerse cargo de la mercancía. Sin embargo, el plazo no era el comprendido entre los meses de octubre de 1997 y febrero de 1998, pues la expresión «Retiradas: escalonado final de octubre 97/febrero 98», se refiere al periodo en el que deberían tener lugar los suministros o partidas [...]”. Cfr.: ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: “Jurisprudencia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, Op. Cit., pág. 919.

¹⁵²¹ El art. 72.1 de la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980, dispone que: “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 23.

¹⁵²² Al respecto, CALVO CARAVACA señala que: “El probable incumplimiento del contrato por una cualquiera de las partes atribuye a la otra determinados derechos: fundamentalmente el derecho de suspender su prestación –y eventualmente de detener la entrega de las mercancías– e, incluso, de resolver la relación obligatoria”. CALVO CARAVACA, A.–L.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 71 a 74”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 562.

aplica cuando el vendedor cae en insolvencia.¹⁵²³ El n° 3 del art. 72 agrega que: “Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”.¹⁵²⁴

2.2.6.1.4.– LA SUSTITUCIÓN DE LAS MERCADERÍAS DISCONFORMES.

La obligación esencial que le impone el contrato de compraventa internacional de mercaderías al vendedor, es la entrega de mercaderías en la forma, cantidad, calidad, tipo y embalaje acordado en el contrato.¹⁵²⁵ En este caso, el comprador tiene una alternativa: pedir la resolución del contrato o la ejecución forzada de la obligación, siempre que dicho incumplimiento tenga el carácter de esencial.¹⁵²⁶ Con todo, y a pesar de estas reglas generales, la Convención establece otras facultades para el comprador. Así, el artículo 46 n° 2 de la Convención dispone que: “2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en substitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de substitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento”.¹⁵²⁷ Lo anterior supone que para que el comprador tenga la facultad de

¹⁵²³ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 204–205. Agregan estos autores que: “Aunque el artículo comentado no expresa la posibilidad de reclamar daños y perjuicios, son de aplicación las reglas generales [...]”. *Ibidem*, pág. 205.

¹⁵²⁴ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 23.

¹⁵²⁵ Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 222.

¹⁵²⁶ Cfr.: CABANILLAS SÁNCHEZ, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 221.

¹⁵²⁷ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 14.

pedir la sustitución de la mercadería, la sustitución no debe implicar para el vendedor un coste desproporcionado en relación a los daños y perjuicios causados al comprador.¹⁵²⁸ El comprador pierde esta facultad, cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido, (art. 88 n° 1 de la Convención).¹⁵²⁹ La importancia de esta facultad, es que ella se convierte en un eficaz remedio al incumplimiento esencial del vendedor, erigiéndose como una alternativa a la resolución del contrato, seguida por importantes textos que se analizarán más adelante. En este sentido, el remedio de la garantía ha tendido a ir en aumento,¹⁵³⁰ por que han disminuido los costes de transporte, lo que se traduce en la facilitación para sustituir los productos y bienes dañados.¹⁵³¹

¹⁵²⁸ En este sentido, SAN JUAN CRUCELAEGUI expresa lo siguiente: “[...] la pretensión de sustitución es ejercitable cuando se tratare de un incumplimiento esencial y no de una simple falta de conformidad que no fuere relevante y resultare fácil de subsanar pues, en tal supuesto, los remedios previstos son la reparación o la rebaja del precio”. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., págs. 222–223.

¹⁵²⁹ El artículo 82 de la CONVENCIÓN dispone que: “1) El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido [...]”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 26.

¹⁵³⁰ Con relación a las garantías en la compraventa de bienes de consumo, *vid.*: MARCO MOLINA, “La aproximación entre el régimen jurídico del vicio oculto y la regulación del incumplimiento contractual en la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., págs. 256–264.

¹⁵³¹ *Cfr.*: SCHULZE, “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 57.

2.2.6.1.5.– LA REPARACIÓN DE LAS MERCADERÍAS.¹⁵³²

En caso de que las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador puede exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable¹⁵³³ habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación¹⁵³⁴ a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.¹⁵³⁵ En este sentido, la doctrina ha planteado que esta facultad responde con mayor adecuación y coherencia que la substitución de la mercadería, cuando el defecto de que adolece la mercadería fuere fácilmente subsanable.¹⁵³⁶

2.2.6.1.6.– LA REBAJA DEL PRECIO.¹⁵³⁷

El artículo 50 de la Convención dispone que: “Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el

¹⁵³² En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ señala que: “La Convención establece diversos remedios cuando el incumplimiento del contrato no es esencial: la excepción de incumplimiento, la reparación de las mercaderías y las compensaciones pecuniarias”. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 222.

¹⁵³³ Llama la atención la reiteración del adjetivo “razonable” en la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980, por influencia del *common law*.

¹⁵³⁴ Al respecto, expresa lo siguiente: “La denuncia exigida por el artículo [39] consiste en la puesta en conocimiento del vendedor de la falta de conformidad de la mercancía, en los términos que establece la CV. Es algo diferente del ejercicio de las prestaciones que ofrece la CV al comprador en caso de falta de conformidad de la mercancía (*vid.* art. 45); y, mucho más, del ejercicio judicial de la correspondiente acción”. MORALES MORENO, A. M.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 35 a 41”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 337.

¹⁵³⁵ Al respecto, *vid. supra*, nota nº 1527, pág. 401.

¹⁵³⁶ *Cfr.*: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 223.

¹⁵³⁷ Al respecto, *vid.*: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 187 y ss.

precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas¹⁵³⁸ tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48,¹⁵³⁹ o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos”.¹⁵⁴⁰ Esta norma contempla dos hipótesis distintas:¹⁵⁴¹ (a) cuando la disminución del valor de las mercaderías entregadas se debiere a un hecho ajeno a la voluntad del vendedor, en este caso el vendedor queda libre de responsabilidad con relación a los daños y perjuicios causados al comprador, el cual puede reducir el precio de que debe pagar por las mercaderías,¹⁵⁴² (art. 79 n^{os} 1 y 5),¹⁵⁴³ y (b) cuando no exista motivo de exoneración de

¹⁵³⁸ En este sentido, GARRO y ZUPPI señalan que: “El texto en español del art. 50 de la Convención adolece de una redacción defectuosa al referirse al valor que las mercaderías «efectivamente» entregadas tenían al momento de la entrega. Esto es así en virtud del desentendimiento que, en el contexto general, produce la palabra «efectivamente», pues «efectivamente» es sinónimo de «lo entregado», por oposición a lo «no entregado», y de ninguna forma a «lo defectuoso», que será la razón que permitirá la reducción. Una redacción apropiada se debería referir a las «mercaderías defectuosas»”. GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 189.

¹⁵³⁹ Al respecto, *vid.*: DiMATTEO, L. A.; DHOOGHE, L. J.; GREENE, S.; MAURER, V. G. y PAGNATTARO, M. A.: *Internacional sales law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2005, págs. 145 y ss.

¹⁵⁴⁰ *Cfr.*: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 223.

¹⁵⁴¹ Al respecto, *vid.*: MÜLLER–CHEN: “Section III. Remedies for breach of contract by the seller”, *Commentary on the un Convention on the international sale of goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 596–606.

¹⁵⁴² El artículo 79 de la CONVENCIÓN dispone que: “1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias. [...] 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., págs. 25–26.

¹⁵⁴³ *Cfr.*: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 223.

responsabilidad, el vendedor estará obligado a responder por los daños y perjuicios que hubiere sufrido el comprador, ello se justifica en lo dispuesto por el artículo 45, n.º 1 b).¹⁵⁴⁴ Esta acción, en doctrina, se denomina “acción estimatoria” o “acción *quantum minoris*”, propia del Derecho romano y de los sistemas jurídicos del Derecho continental.¹⁵⁴⁵ Esta acción es desconocida en los sistemas del *common law*,¹⁵⁴⁶ en los que se encuentra absorbida por la acción de indemnización de daños y perjuicios, ya que, la reducción del precio es vista como una “compensación” por medio de la cual, el comprador, deduce una parte de la indemnización de daños y perjuicios sufridos.¹⁵⁴⁷

La facultad concedida por el artículo precedente, presenta un gran interés desde el punto de vista pragmático, pues, a diferencia de un *vestige of an important tool*, cuyo objetivo sería suspender el pago del precio al vendedor, cuando éste pretendiera entregar mercaderías defectuosas, porque, además, el comprador tiene la facultad de pedir una indemnización de daños y perjuicios.¹⁵⁴⁸

¹⁵⁴⁴ El artículo 45 de la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 dispone lo siguiente: “1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: [...] b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 14.

¹⁵⁴⁵ En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ señala que: “El mecanismo así sumariamente descrito se corresponde en líneas generales con lo que el legado jurídico romano–canónico conoce con el nombre de *actio quantum minoris* o acción estimatoria [...]”. LÓPEZ LÓPEZ, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 45 a 52”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 445.

¹⁵⁴⁶ En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ señala que: “La introducción de este «remedio» del comprador en el Convenio suscitó no poca discusión, al ser una figura desconocida para el *common law* [...]”. *Ídem*.

¹⁵⁴⁷ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 189.

¹⁵⁴⁸ Cfr.: LÓPEZ LÓPEZ, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 45 a 52”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., págs. 445–446.

2.2.6.1.7.– LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

El comprador, puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones en dos casos: (1) Si luego de celebrado el contrato, resulta manifiesto que la otra no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones debido a un grave menoscabo en su capacidad para cumplir o en su solvencia (“*Unsicherheitseinrede*”),¹⁵⁴⁹ o debido a su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato y, 2) El comprador podrá rehusar la aceptación de las mercaderías si el vendedor las entregara antes de la fecha fijada o si el vendedor le entrega una cantidad mayor de mercaderías que las estipuladas en el contrato (puede rehusar el exceso).¹⁵⁵⁰ Cabe señalar que este remedio es aplicable para ambas partes. La doctrina, respecto del art. 71,¹⁵⁵¹ ha dicho que, a diferencia del Código civil suizo, la CV no establece la entidad del menoscabo requerido para que se haga aplicable este remedio. Sin embargo, la frase “si resulta manifiesto”, utilizada por el art. 71 CV, supone que la determinación no queda entregada al arbitrio del acreedor, sino que debe ser un hecho público y notorio.¹⁵⁵² En este sentido, la doctrina ha señalado que el derecho o facultad de suspensión (derecho de retención), constituye un remedio jurídico (“*Rechtsbehelf*”), sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) un peligro inminente (previsibilidad en cuanto a que el otro contratante no cumplirá con una parte sustancial de sus obligaciones; (ii) existencia

¹⁵⁴⁹ Cfr.: CALVO CARAVACA, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 71 a 74”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 562.

¹⁵⁵⁰ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., págs. 22–23 y 17, respectivamente.

¹⁵⁵¹ En este sentido, CALVO CARAVACA señala que: “Prevista por el artículo 71 CV, esta norma no tiene otro propósito que reconocer formalmente el denominado derecho de suspensión o también, *grosso modo*, de retención (*Zurückbehaltungsrecht*); es decir, la posibilidad de que, concurriendo determinadas circunstancias que llevan a desconfiar de la realización de las obligaciones que incumben a la otra parte (*fehlende Vertragstreue*), cualquiera de las partes del contrato tenga el derecho de interrumpir el cumplimiento de las suyas”. CALVO CARAVACA, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 71 a 74”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 562.

¹⁵⁵² Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 192–193.

de una causa que genere la incertidumbre. El peligro puede obedecer a un grave menoscabo de su capacidad para cumplir la obligación o de su comportamiento en cuanto a no cumplir el contrato.¹⁵⁵³ Como se vio, el ejercicio de esta facultad está subordinado al cumplimiento de un requisito de forma: el deber de avisar o notificar inmediatamente a la contraparte (“*Anzeigepflicht*”), conforme al art. 71.3.¹⁵⁵⁴ La contraparte puede, impedir las consecuencias de su mora, otorgando las seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones (art. 71.3). Esta seguridad no responde a la clásica noción de garantía, presenta un carácter independiente, que no se asimila con la noción de garantía propia del Derecho europeo continental. Además, tiene aplicación cuando no existe otra alternativa y debe ser proporcional. Ahora bien, en caso de que se niegue a prestar la seguridad suficiente, la doctrina discute si el otro contratante puede solicitar la resolución del contrato (art. 72), pues, algunos señalan que, además de este hecho, se deben agregar otros, para que proceda la resolución contractual.¹⁵⁵⁵

2.2.6.2.– REMEDIOS DE QUE DISPONE EL VENDEDOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

El artículo 61 de la Convención¹⁵⁵⁶ dispone que: “1) Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente

¹⁵⁵³ Cfr.: CALVO CARAVACA, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 71 a 74”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., págs. 563–565.

¹⁵⁵⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 566. En este mismo sentido, CALVO CARAVACA señala que: “Además del derecho de retención *lato sensu*, el vendedor posee –según el art. 71.2 de la Convención– el derecho de detención o retención *stricto sensu* (*Anhalterrecht*, *right of stoppage*, *stoppage in transitu*) de la mercancía. Puede oponerse a su entrega el comprador, si la remitió antes de que tuviera conocimiento de los motivos que le atribuyen el derecho de retención y aún no ha sido hecha efectiva: se le reconoce así un derecho de retención prolongada”. *Ibidem*, pág. 567.

¹⁵⁵⁵ Cfr.: *Ibidem*, pág. 568.

¹⁵⁵⁶ En este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que: “El artículo que ahora comentamos, presenta inicialmente el valor de una enumeración de lo que la versión española denomina derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador, la versión inglesa «*remedies for breach of contract by the buyer*» y la versión alemana «*Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen*

Convención, el vendedor podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77. 2).¹⁵⁵⁷ El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho. 3) Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia”.¹⁵⁵⁸ De conformidad con esta norma, el vendedor tiene la opción para solicitar cualquiera de los derechos que en artículo precedente se establecen, esto es, goza de una alternativa, al igual como lo dispone el art. 1124 CC.¹⁵⁵⁹ El vendedor, entonces, podrá exigir el cumplimiento forzado del pago del precio (art. 62 de la Convención),¹⁵⁶⁰ o la resolución del contrato.¹⁵⁶¹ En el primer caso, el vendedor puede fijarse un plazo suplementario¹⁵⁶² de duración razonable¹⁵⁶³ para que el comprador cumpla con sus obligaciones.¹⁵⁶⁴ El

Vertragsverletzung durch den Käufer»”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 61 a 65”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 493.

¹⁵⁵⁷ Cfr.: DiMATTEO; DHOOGHE; GREENE; MAURER y PAGNATTARO: *Internacional sales law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, Op. Cit., págs. 153–158.

¹⁵⁵⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 19.

¹⁵⁵⁹ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 61 a 65”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., págs. 494–495.

¹⁵⁶⁰ Cfr.: KNAPP, V.: “Section III. Remedies for breach of contract by the buyer. Article 61”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, págs. 442–450.

¹⁵⁶¹ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 19.

¹⁵⁶² En este sentido, GARRO y ZUPPI señalan que: “La circunstancia de que el art. 47.1 adopte la fórmula «podrá fijar» pareciera indicar que se debe cursar una notificación de la decisión del comprador al vendedor”. GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 180.

¹⁵⁶³ A este respecto, GARRO y ZUPPI postulan que, el plazo razonable “[...] se habrá de determinar de acuerdo con las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta la urgencia o la necesidad del comprador de ver cumplida la obligación pendiente”. *Ídem*.

vendedor puede resolver el contrato cuando el comprador: (a) hubiere incumplido cualquiera de sus obligaciones, siempre que éste constituya un incumplimiento esencial; (b) no paga el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al art. 63 apartado 1º o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.¹⁵⁶⁵ El artículo 65 de la Convención se refiere al incumplimiento del comprador que estuviera obligado especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.¹⁵⁶⁶ En este sentido, la doctrina señala que el art. 65 CV, –cuya fuente es, probablemente el § 375 del *BGB*– que consagraba el llamado derecho de especificación del vendedor, supone que en el contrato entrega a un acto unilateral posterior, la especificación de forma detallada, de las mercaderías. Por ello, el contrato se considera perfecto, aun cuando la determinación del objeto se sujete a un

¹⁵⁶⁴ En este sentido, el artículo 63 n° 2 dispone que: “2) El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., págs. 19–20. Cfr.: ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Op. Cit., págs. 232–233.

¹⁵⁶⁵ El art. 64 b) de la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 agrega que: “b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado. 2) No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace: a) en caso de cumplimiento tardío por el comprador, antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se ha efectuado el cumplimiento; o b) en caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío por el comprador, dentro de un plazo razonable: i) después de que el vendedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; o ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63, o después de que el comprador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 20.

¹⁵⁶⁶ Cfr.: *Ídem*.

acto unilateral posterior. El art. 65 supone la existencia de los siguientes requisitos: (a) Que se faculte al comprador para realizar la especificación de las mercaderías; (b) que el comprador ejecute la especificación dentro del plazo estipulado o dentro de un término que no perjudique los intereses del vendedor o impida la ejecución del negocio; (c) el vendedor tiene la opción para realizar el mismo la especificación de las mercaderías o, bien, para no realizarla, una vez transcurrido el plazo acordado o razonable que tiene el comprador para realizar la especificación; (d) la autoespecificación ejecutada por el vendedor sólo produce efectos, cuando el vendedor notifique esta situación al comprador de forma inmediata y (e) en la notificación el vendedor se debe autoimponer un plazo para realizar la especificación, a fin de que el comprador conozca dicho término.¹⁵⁶⁷

2.2.6.2.1.– DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS A PROPÓSITO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Si bien la Convención se refiere en reiteradas ocasiones a la indemnización de los daños y perjuicios, no se refiere a ella de manera orgánica.¹⁵⁶⁸ Opinión contraria tienen GARRO y ZUPPI.¹⁵⁶⁹ Recordemos que el art. 45.2 CV dispone que: “El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho”.¹⁵⁷⁰ Es interesante esta

¹⁵⁶⁷ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 61 a 65”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., págs. 509–512.

¹⁵⁶⁸ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 20.

¹⁵⁶⁹ Cfr.: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 205.

¹⁵⁷⁰ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 14. Al respecto, vid.: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios*

norma, pues, en doctrina se ha discutido acerca de la compatibilidad entre el remedio indemnizatorio y otros remedios que le concede la CV o el Derecho nacional a la parte afectada. En este sentido, se ha dicho lo siguiente: supongamos que el vendedor solicita la resolución del contrato, pues, se reúnen los elementos para que ella proceda, recuperando las cosas entregadas al comprador, entonces, surge la pregunta: ¿tiene derecho además, a solicitar una indemnización de daños y perjuicios? En el Derecho alemán no se le otorga a este vendedor la posibilidad de solicitar además de la resolución, una indemnización por daños y perjuicios, porque se entiende que el remedio resolutorio es demasiado drástico, y que compensa cualquier clase de daño o perjuicio que haya sufrido el vendedor. En el Derecho español, en cambio, se ha discutido si procedería, en esta situación, indemnizar el interés positivo (en virtud del cual el vendedor es puesto en la situación que hubiera tenido si el contrato se hubiera cumplido en los términos acordados), o el interés negativo (la facultad que tiene el vendedor para que la relación jurídica se retrotraiga al mismo momento en que celebró el contrato, de tal forma que se considere que nunca fue acordado). La CV, siguiendo a los sistemas francés y anglosajón, dispone, como se vio, que todos los remedios establecidos en ella son compatibles con la acción de indemnización de daños y perjuicios.¹⁵⁷¹

2.2.6.2.2.– LA LLAMADA *MITIGATION* (REDUCCIÓN DE DAÑOS).¹⁵⁷²

La facultad para solicitar una indemnización de daños y perjuicios se encuentra condicionada al cumplimiento de las medidas razonables para reducir la pérdida, en

européens y Draft, Op. Cit., pág. 216.

¹⁵⁷¹ Cfr.: DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 61 a 65”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 495.

¹⁵⁷² Al respecto, *vid.*: DiMATTEO; DHOOGHE; GREENE; MAURER y PAGNATTARO: *International sales law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, Op. Cit., págs. 157–158.

atención de las circunstancias.¹⁵⁷³ En este sentido, el artículo 77 de la Convención¹⁵⁷⁴ señala que: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adoptan tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”.¹⁵⁷⁵ Los artículos 74 a 76 de la Convención establecen criterios para fijar el *quantum* de la indemnización de daños y perjuicios,¹⁵⁷⁶ a la que se le debe reducir el valor en que la pérdida hubiera debido y podido ser reducida.¹⁵⁷⁷ Esta institución (*mitigation*),¹⁵⁷⁸ cuyo fundamento es la buena fe, (art. 7.1 CV)¹⁵⁷⁹ se encuentra ampliamente reconocida en el ámbito del comercio internacional y en las sentencias arbitrales, por ello, es cada vez más frecuente su inclusión en los textos de derecho uniforme.¹⁵⁸⁰ La *mitigation* constituye, pues, un

¹⁵⁷³ Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., págs. 227–228.

¹⁵⁷⁴ Al respecto, SOLER PRESAS señala que: “La norma contenida en el artículo 77 Cv tiene su antecedente inmediato en el artículo 88 LUVI que, a su vez, se limita a incorporar al ámbito del Derecho uniforme de compraventa un criterio de delimitación del resarcimiento cuyos orígenes se remontan a la pandectística alemana”. SOLER PRESAS, A.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 75 a 78”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 621.

¹⁵⁷⁵ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 25.

¹⁵⁷⁶ Al respecto, vid.: ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Op. Cit., págs. 69 y ss.

¹⁵⁷⁷ Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 228.

¹⁵⁷⁸ En este sentido, SOLER PRESAS señala que: “[E]s en el sistema angloamericano donde mayor desarrollo ha tenido el deber de mitigar el daño”. SOLER PRESAS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 75 a 78”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 621.

¹⁵⁷⁹ Asimismo, se señalan como fundamento de la *mitigation* “[...] razones de política socioeconómica, como son la promoción del uso diligente de los recursos y el desincentivo de actitudes pasivas que permitan el desarrollo de un daño que pueda ser razonablemente evitado”. En este sentido, Cfr.: *Ibidem*, pág. 622.

¹⁵⁸⁰ Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., págs. 699–700.

criterio *ex post* para determinar el *quantum respondatur*, y supone el deber o carga (“*Obliegenheit*”) del acreedor de mitigar el daño que se ha producido, soslayando los efectos del mismo. El incumplimiento de esta carga no tiene otro efecto que hacer “precluir” el derecho de indemnización de los daños y perjuicios que pudieron haberse mitigado.¹⁵⁸¹ La *mitigation* constituye uno de los principios generales del Derecho, que sirve como criterio para determinar el daño indemnizable (arts. 75 y 76).¹⁵⁸² Cabe señalar que el establecimiento de la *mitigation* en la CV, fue el resultado de una ardua discusión tanto en el seno de los trabajos preliminares, como en la Conferencia de Viena. Principalmente por las observaciones del representante de USA, quien manifestó sus dudas, pues, esta facultad podría significar que el vendedor pidiera reiteradamente el cumplimiento del contrato, no obstante la negativa del comprador a recibir las mercaderías, todo ello para que se acumularan costes innecesarios, que se erigieran como el fundamento para solicitar una indemnización de daños y perjuicios por ellos. Los norteamericanos planteaban la obligación de mitigar la acción de reclamación de cantidad (“*action for the agreed price*”), que ya habían propuesta en la Conferencia de Ginebra de 1977, pero que, en definitiva, fue desechada por vaga y ambigua. Esta institución, en el *common law*, se funda en la “*avoidable consequences rule*”, con todo, la cuestión no recide solamente en determinar si los costes en que incurrió el vendedor fueron o no razonables y eficientes, sino que lo que se discute es si el vendedor puede en definitiva “preparar” la base para obtener en el futuro una indemnización de daños y perjuicios.¹⁵⁸³ Esta situación, de haber sido aceptada, contraría evidentemente el principio de la buena fe y se transformaría en un ejercicio abusivo del derecho.¹⁵⁸⁴ En definitiva, la carga de “mitigar” pesa sobre el acreedor, quien debe adoptar todas las medidas razonables que estén a su alcance para aminorar, atendiendo las circunstancias,

¹⁵⁸¹ Cfr.: SOLER PRESAS, “Parte III.— Compraventa de mercaderías, arts. 75 a 78”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 622.

¹⁵⁸² Cfr.: *Ibidem*, pág. 623.

¹⁵⁸³ Cfr.: *Ibidem*, págs. 623–624.

¹⁵⁸⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 625.

la pérdida, deterioro o menoscabo que experimenten los bienes que conforman su patrimonio y su persona misma. Esta *mitigation*, se extiende no sólo a las pérdidas efectivas en que pudiera incurrir el acreedor, sino que también en las eventuales que pudiera experimentar en el futuro. La razonabilidad de las medidas, sin duda se refiere a todas aquellas precauciones que las personas normales tienen en la ejecución de sus negocios propios¹⁵⁸⁵ (“*ordinary course of business*”). Hay que indicar que, el nivel de diligencia se acrecienta en los negocios con mayor grado de riesgo.¹⁵⁸⁶

Por último, la doctrina ha repudiado la incorporación en la CV, del criterio anglosajón llamado “regla de cierre”, según el cual “*compensatio lucri cum damno*” (“*compensating advantages*”). Esta compensación, que supone la reducción del monto de la indemnización de daños y perjuicios en la proporción en que el acreedor se haya beneficiado con el incumplimiento contractual, no guarda relación con la *mitigation*. Por último, menciono tres notas en torno a la *mitigation*: (i) la carga de la prueba del incumplimiento pesa sobre el deudor, quien resultaría beneficiado, en caso de aceptarse esta institución; (ii) se deben indemnizar las medidas de mitigación adoptadas por el acreedor, siempre que hayan tenido el carácter de razonables y aun cuando no hayan sido efectivas;¹⁵⁸⁷ y (iii) cualquier deterioro, menoscabo o pérdida que pudo haberse mitigado no será indemnizada.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸⁵ En este sentido, SOLER PRESAS expresa que: “En el tráfico internacional de mercaderías, la medida mitigadora por excelencia es la celebración de un negocio de cobertura en el mercado. Esta exigencia fundamenta las reglas de cuantificación de la indemnización en caso de resolución del contrato –arts. 75 y 76 CV–, razón por la que su análisis cobra especial importancia en casos de reclamaciones basadas en la norma general del artículo 74 CV– *i. e.*, resarcimiento de lucros cesantes por falta de entrega tempestiva de la prestación acordada o por la entrega de un bien disconforme con el contrato–”. SOLER PRESAS, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 75 a 78”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 625.

¹⁵⁸⁶ Cfr.: *Ibidem*, págs. 625–624.

¹⁵⁸⁷ En este sentido, SOLER PRESAS señala que: “No parece justo que el acreedor del resarcimiento que yerre en la elección de la medida idónea deba soportar, a instancias del deudor incumplidor, las consecuencias de este error cuando, consideradas las circunstancias *ex ante*, la elección fuera razonable”. *Ibidem*, págs. 627–628.

¹⁵⁸⁸ Cfr.: *Ibidem*, págs. 625–628.

2.2.6.2.3.– EL *QUANTUM* DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Con el fin de fijar el valor de la indemnización de daños y perjuicios, se deberá tener en cuenta el valor de la pérdida sufrida (daño emergente) y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento (lucro cesante).¹⁵⁸⁹ Dicha indemnización no puede exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato, (art. 74 de la Convención).¹⁵⁹⁰ Como la Convención no fija reglas más específicas para la determinación del daño emergente y lucro cesante,¹⁵⁹¹ será el juez el encargado de establecerlos, limitándose a establecer un límite:¹⁵⁹² la indemnización no puede exceder de la pérdida que la parte incumplidora hubiere previsto,¹⁵⁹³ o debiere haber previsto¹⁵⁹⁴ al momento de la celebración de la compraventa.¹⁵⁹⁵

¹⁵⁸⁹ En este sentido, señalan GARRO y ZUPPI que: “El objetivo perseguido por la indemnización prevista en el art. 74, al contemplar el daño emergente y el lucro cesante, es el de proteger las expectativas (*expectation interest*) de la otra parte”. GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 206.

¹⁵⁹⁰ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 24.

¹⁵⁹¹ Tampoco se refiere al “daño moral”. Frente a esta omisión consideramos que será el tribunal el encargado de establecer la procedencia y monto del mismo.

¹⁵⁹² Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., págs. 228–229.

¹⁵⁹³ En este sentido, GARRO y ZUPPI señalan que: “En lugar de limitar el resarcimiento conforme a los principios de causalidad, la Convención opta por el criterio de la previsibilidad, incorporando el principio del *Common Law* establecido en el *leading case* «*Hadley c. Baxendale*», [...]”. GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., pág. 206.

¹⁵⁹⁴ Es interesante lo dispuesto por la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980, pues, sienta la determinación de la indemnización de daños y perjuicios en un hecho objeto (criterio de la previsibilidad) y no en uno subjetivo (culpa o dolo).

¹⁵⁹⁵ En este sentido, el artículo 75 de la CONVENCIÓN DE VIENA de 1980 dispone que: “Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador

2.2.6.2.4.– LA EXONERACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS.

La Convención de Viena (art. 79)¹⁵⁹⁶ exonera de responsabilidad al contratante que no ha cumplido con su obligación, si acredita que esa falta de cumplimiento¹⁵⁹⁷ obedece a algún impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta dicho impedimento¹⁵⁹⁸ al momento de celebrar el contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.¹⁵⁹⁹

En el caso de que el incumplimiento se deba a la falta de cumplimiento de un tercero al que se le encargó la ejecución total o parcial del contrato, dicha parte quedará liberada de responsabilidad: (a) si se encuentra en la hipótesis del número 1º; (b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.¹⁶⁰⁰

procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 24.

¹⁵⁹⁶ En este sentido, SALVADOR CORDECH señala que: “El artículo 79 CV es una reelaboración del artículo 74 LUVI y trata de dar razón de las críticas dirigidas contra este último, relacionadas con la amplitud excesiva de la exoneración al deudor que incumplía el contrato”. SALVADOR CORDECH, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Cuarta. Exoneración, arts. 79 a 80”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 636.

¹⁵⁹⁷ Por otra parte, SALVADOR CORDECH expresa lo siguiente: “El artículo 79 resulta potencialmente aplicable siempre que una obligación contractual no es cumplida o no es puntual o exactamente por cualquiera de las partes: en el derecho uniforme, «falta de cumplimiento» se entiende unitariamente en un sentido amplio, como el «*breach of contract*» del derecho angloamericano o la «*inexécution*» del derecho del Código Civil francés (arts. 1.146–1.150)”. *Ibidem*, pág. 639.

¹⁵⁹⁸ En cuanto a los impedimentos que se pudieran presentar, *vid.*: *Ibidem*, págs. 641 y ss.

¹⁵⁹⁹ En este sentido, SALVADOR CORDECH señala que: “En particular, el sentido de la expresión en cuestión debe entenderse igual que «incumplimiento» en los artículos 74 a 77, pero se discute si el vendedor no negligente que entrega mercancías defectuosas puede ampararse en la regla del artículo 79.I”. *Ibidem*, pág. 639.

¹⁶⁰⁰ *Cfr.*: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*,

En cuanto a los efectos de la exoneración, éstos son: (i) La exoneración de responsabilidad surtirá efectos mientras dure el impedimento.¹⁶⁰¹ (ii) La parte incumplidora debe avisarle al otro contratante de la existencia del impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplir la obligación. Si el otro contratante no recibe la notificación, dentro de un plazo razonable, después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última será responsable de los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.¹⁶⁰² (iii) El art. 79 n° 5 señala que: “Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.¹⁶⁰³ Es decir, esta norma “[...] limita la eficacia del impedimento a la exclusión de la posibilidad de exigir indemnización de daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en el Convenio”.¹⁶⁰⁴ Respecto de este artículo, la doctrina ha planteado la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad,¹⁶⁰⁵ pues, ni siquiera se menciona en el art. 79 CV a la culpa. Aun cuando, en honor a la verdad, hay que señalar que el art. 79 integra algunos elementos

Op. Cit., pág. 25.

¹⁶⁰¹ Ello responde, tratándose del caso fortuito o fuerza mayor, al carácter permanente que debe tener el mismo. Cfr.: SALVADOR CORDECH, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Cuarta. Exoneración, arts. 79 a 80”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 653.

¹⁶⁰² Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., págs. 25–26.

¹⁶⁰³ Cfr.: *Ibidem*, pág. 26. Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., págs. 228–229.

¹⁶⁰⁴ SALVADOR CORDECH, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Cuarta. Exoneración, arts. 79 a 80”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 653.

¹⁶⁰⁵ En este sentido, v. gr., MATÍNEZ VELENCOSO utiliza el siguiente epígrafe: “La nueva regulación de la responsabilidad contractual: la exoneración de responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de cumplir”. Cfr.: MATÍNEZ VELENCOSO, L. M^a: “Capítulo XII. Nuevas tendencias del Derecho contractual europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, pág. 251.

de carácter subjetivo.¹⁶⁰⁶ Con relación a la notificación, se ha dicho que el aviso se extiende a las posibilidades alternativas y razonables en cuanto a un cumplimiento sustitutivo, cuando exista tal posibilidad. La notificación supone que la contraparte debe tomar conocimiento de la misma, pues el art. 79 CV habla de “deberá comunicar a la otra parte” y de “falta de recepción”. Para realizar la notificación, el deudor consta con un plazo razonable, que se cuenta desde el momento en que el deudor tuvo conocimiento o debió tener conocimiento de la existencia del impedimento. Por último, si el deudor no comunica el impedimento, en la forma debida, deberá responder de los daños o perjuicios que se deriven de esta omisión.¹⁶⁰⁷

2.2.6.2.5.– EL DEVENGO DE INTERESES.

El art. 78 de la CV se limita a establecer que si una de las partes no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte puede exigir los intereses correspondientes,¹⁶⁰⁸ sin otorgar criterios conforme a los cuales determinar dichos intereses.¹⁶⁰⁹ En este sentido, la doctrina plantea que, ante la práctica mayoritaria en los

¹⁶⁰⁶ Cfr.: SALVADOR CORDECH, “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Cuarta. Exoneración, arts. 79 a 80”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Op. Cit., pág. 637.

¹⁶⁰⁷ Cfr.: *Ibidem*, págs. 655–656.

¹⁶⁰⁸ Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 25.

¹⁶⁰⁹ Al respecto, PANTALEÓN PRIETO señala que: “De los antecedentes del precepto [...] resulta con toda nitidez que los intereses que contempla no son intereses moratorios –resarcimiento del daño causado al acreedor de dinero por el retraso imputable al deudor en el pago de la suma debida–, sino, por emplear una terminología importada de los juristas italianos, «intereses *correspectives*» –restitución al acreedor del enriquecimiento obtenido por el deudor por disponer de la cantidad no tempestivamente pagada (productividad natural del dinero), haya o no sufrido daño el acreedor por el retraso–, cuyo ejemplo legislativo de alcance general más conocido es el artículo 1.282 del *código civil*”. PANTALEÓN PRIETO, F.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Tercera. Intereses, art. 78”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, pág. 630. En el *common law*, señala JIMÉNEZ MUÑOZ “[...] no existe una obligación de carácter general de pagar unos intereses moratorios (fuera de

contratos internacionales, ella debería ser determinada por los tribunales, conforme al criterio vigente en el ordenamiento jurídico que rija al contrato de venta.¹⁶¹⁰

2.2.7.– NOTAS FINALES.

Desde los tiempos de PLANIOL, se ha pretendido “simplificar” el Derecho de las obligaciones, aun cuando constituya la parte más perfilada del Derecho civil. Ello se traduce en la abundante regulación que el CC le dedica a las obligaciones y contratos. Es sabido que en materia de obligaciones el CC siguió al modelo francés y, en menor medida, a los CC de Italia de 1865 y a los Códigos civiles portugués, argentino y al anteproyecto belga de LAURENT.¹⁶¹¹ Con todo, en el marco de unificación del Derecho europeo e internacional, se deben conciliar “intereses” y sistemas jurídicos diversos. La CV tiene el mérito de haber amalgamado en un texto estos intereses y sistemas.

Los grandes méritos de la CV son su pretensión de universalidad y el haber sido uno de los primeros textos de Derecho uniforme elaborados dentro del Derecho internacional. Además, constituye un tratado, que de ser ratificado en la forma prevista por cada ordenamiento jurídico, pasa a formar parte del mismo. A diferencia de los textos que serán analizados con posterioridad (los que constituyen un esfuerzo doctrinario), la CV se erige como un tratado o convenio de carácter internacional, lo que

las transposiciones de la citada Directiva)”. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 422–423.

¹⁶¹⁰ Cfr.: SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Op. Cit., pág. 235.

¹⁶¹¹ Cfr.: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., págs. 65–66.

significa que goza de un mayor estatus jurídico, convirtiéndose en una fuente formal del Derecho del Estado ratificante.

La CV presenta una regulación innovadora en esta materia, conciliando el *civil law* con el *common law*. Así, consagra un sistema objetivo de resolución, dejando fuera de la noción de incumplimiento a la culpa o el dolo, remplazándolo por el concepto de previsibilidad. Además, el adjetivo de “esencial”, que acompaña al concepto de incumplimiento, será, en el futuro una piedra angular de muchos textos de Derecho uniforme, trabajos doctrinarios, sentencias judiciales, etc. Esta también es una noción anglosajona, “extraña” al *civil law*, que se manifiesta con distintos adjetivos (v. gr., en el Marco Común de Referencia se habla, como se verá, de incumplimiento “fundamental”).

Es interesante como la CV amalgamó soluciones propias de diversos sistemas jurídicos sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, v. gr., se refiere a la falta de conformidad (art. 35 CV), ampliamente aceptada en la actualidad. La CV constituye un importante texto de Derecho uniforme, no sólo por la cantidad de países que se han adherido al tratado, sino porque regula de manera dispositiva el tráfico comercial internacional. La CV se condice con el proceso de globalización de la economía, estableciendo un adecuado marco para que la economía abierta se desenvuelva, resguardando distintas visiones políticas y económicas. Por ello, la CV constituye un hito en el proceso de unificación del Derecho internacional privado.

Con todo, si bien fue el primer modelo de Derecho uniforme, presenta un gran inconveniente al que deseo referirse: El abuso del principio de la autonomía de la voluntad, propio de un sistema jurídico que se estructura sobre la base de intereses económicos, olvida algunas nociones éticas de relevancia, como la buena fe y la equidad natural. Estos principios morales se encuentran en un plano de inferioridad respecto de la primera. Creo que es peligroso mirar al Derecho solamente desde el punto

de vista económico (aun cuando esa mirada resulta interesante). La CV constituye un tratado internacional que regula el comercio internacional, que se puede convertir en un mero instrumento para la obtención de beneficios puramente económicos, presentando así, una cierta aversión contra toda pretensión de justicia y otras cuestiones “metajurídicas”. Considero que estas nociones morales son las que le otorgan el adecuado sustento a las normas jurídicas: aquéllas siempre estarán en éstas. Estos conceptos (equidad natural, justicia, teoría de la causa, obligaciones naturales, etc.) moralizan el frío rigor del Derecho de las obligaciones.

Si bien la CV presenta un limitado ámbito de aplicación, es indudable que puede servir como inspiración para la dictación de leyes nacionales, aplicables a todas las personas, sean empresas o no.

3.– PRINCIPIOS COMUNES ELABORADOS POR LA DOCTRINA, SOBRE LA BASE DE INVESTIGACIONES INTERNACIONALES.

3.1.– PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE *UNIDROIT*.

3.1.1.– ALGUNAS NOTAS PREVIAS.

Aun cuando no ha sido fácil¹⁶¹² el proceso de armonización europeo,¹⁶¹³ en el

¹⁶¹² SÁNCHEZ LORENZO señala que los principales inconvenientes en el proceso de unificación y armonización del Derecho europeo son: (a) La cuestión competencial; (b) las diversidades culturales y axiológicas y (c) la legitimidad del proceso. Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 89–95.

¹⁶¹³ En este sentido, BAZINAS expresa lo siguiente: “*Since the 1997 Treaty of Amsterdam gave the European Union (EU) a mandate in the field of private international law, the relationship between international and regional harmonisation of private is increasingly being described as one of tensión*”. BAZINAS, S. V.: “*Harmonisation of International and Regional Trade Law: the UNCITRAL Experience*”,

último tiempo se ha avanzado notablemente en esta materia.¹⁶¹⁴ En este sentido, HARTKAMP señala que: “*Since the previous UNIDROIT Conference, 15 years ago, the success of international unification of contract law as far as Conventions are concerned has been limited*”.¹⁶¹⁵ En este marco, y dentro de varios esfuerzos para lograr la armonización y unificación del Derecho privado,¹⁶¹⁶ en los que destacan la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL),¹⁶¹⁷ la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).¹⁶¹⁸

Por otra parte, la doctrina ha planteado que, dentro de las fuentes del Derecho aplicables a los contratos internacionales, las ordenan en: (a) fuentes internas; (b) fuentes de origen interestatal y (c) fuentes de origen no estatal, todas las cuales

Uniform Law Review Revue de Droit Uniform, vol. VIII, 2003–1/2, UNIDROIT, Rome, 2002, pág. 53. Al respecto, *vid.* también: FETZE KAMDEM, I.: “Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats: plaidoyer pour un discours affine sur les moyens d’intégration juridique”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. XIII, 2008–3, UNIDROIT, Milano, 2008, págs. 709–744.

¹⁶¹⁴ Al respecto, *vid.*: LANDO, O.: “Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. VIII, 2003–1/2, UNIDROIT, Rome, 2002, págs. 123–133.

¹⁶¹⁵ HARTKAMP, A. S.: “Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. VIII, 2003–1/2, UNIDROIT, Rome, 2002, pág. 81.

¹⁶¹⁶ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO señala que: “No cabe duda de que el mismo proceso de búsqueda de un Derecho contractual europeo ha provocado un esfuerzo doctrinal y legislativo de primer orden, capaz de proporcionar modelos de reglamentación mucho más perfeccionados y atractivos que las viejas –y a menudo confusas– reglamentaciones nacionales”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 86.

¹⁶¹⁷ Con relación a la unificación entre el Derecho civil y mercantil, en el marco de la armonización del Derecho europeo, *vid.*: MARTÍNEZ SANZ, F.: “Capítulo 24. ¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil – Código de comercio?”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 509–524.

¹⁶¹⁸ *Cfr.*: OVIEDO ALBÁN, J.: “Los principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Adriana Zapata de Arbeláez (Comp.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 303.

constituyen la llamada “*lex mercatoria*”,¹⁶¹⁹ dentro de la cual los Principios *UNIDROIT*¹⁶²⁰ ocupan un lugar de relevancia.¹⁶²¹

3.1.2.– UN POCO DE HISTORIA.

En 1968, en Roma,¹⁶²² se celebraron 40 años del nacimiento de *UNIDROIT*¹⁶²³ (también llamado Instituto de Roma).¹⁶²⁴ En esta ocasión se propuso la idea de crear una comisión encargada de redactar una propuesta legal para la regulación de los contratos comerciales internacionales. En este marco, el Consejo Ejecutivo de *UNIDROIT*, en 1971, dispuso la creación de un texto sobre la Unificación de la Parte General de los Contratos.¹⁶²⁵ En ese año, se crearon tres grupos de trabajo: uno encargado del estudio

¹⁶¹⁹ En este sentido, GALGANO señala que: “*Lex mercatoria* es una expresión que tiene origen oculto. Quiere aludir al renacimiento, en la época moderna, de un derecho universal, tan universal como lo fue el derecho de los mercaderes en el Medievo”. GALGANO, F.: “El contrato en las relaciones transnacionales”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pág. 20. Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Op. Cit., pág. 676.

¹⁶²⁰ En este sentido, PERALES VISCASILLAS señala que: “[...] los Principios *UNIDROIT*, que podrían ser calificados como una moderna *Lex Mercatoria* Internacional [...]”. PERALES VISCASILLAS, “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 187.

¹⁶²¹ Cfr.: OVIEDO ALBÁN, “Los principios de *UNIDROIT* para los Contratos Comerciales Internacionales de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Op. Cit., pág. 304.

¹⁶²² Al respecto, vid.: PERALES VISCASILLAS, “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 192 y ss.

¹⁶²³ Cfr.: BONELL, M. J.: “The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts Prepared by the Institute for the Unification of Private Law”, *Transnational law in commercial legal practice*, Center for Transnational Law (Edit.), vol. 1, QUADIS Publishing, Münster, 1999, pág. 11.

¹⁶²⁴ Cfr.: PERALES VISCASILLAS, “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 184.

¹⁶²⁵ En la idea participaron DAVID, SCHMITTHOFF y POPESCU, representando a la tradición europea continental, el *common law* y al Derecho socialista, respectivamente. Cfr.: VALIÑO DEL RÍO, “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los

del *civil law*, el segundo del *common law* y el tercero del Derecho socialista.¹⁶²⁶ Problemas en su instalación, hicieron que sólo en 1980 se reuniera esta comisión.¹⁶²⁷ En ella, como se dijo, estaban representados desde el *common law* al *civil law*, y tanto los países capitalistas como los países de la órbita socialista. Estaban también representados diversos organismos internacionales, así como académicos expertos en Derecho de contratos internacionales. Los juristas provenían de USA, China, Japón, Australia, Quebec y Ghana.¹⁶²⁸ El trabajo de la comisión concluyó en 1994,¹⁶²⁹ año en que se publicó en inglés el texto “Principios para los contratos comerciales internacionales”.¹⁶³⁰ En el año 2001, fue publicada la segunda versión de los principios, en español, a cargo de Alejandro GARRO.¹⁶³¹ En 2004, apareció la nueva versión de los Principios *UNIDROIT*¹⁶³² sobre contratos internacionales,¹⁶³³ fruto de la labor del

principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 410.

¹⁶²⁶ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 120.

¹⁶²⁷ En este sentido, BONELL expresa que: “*On the basis of preliminary studies carried out the Secretariat, the UNIDROIT Governing Council –the Institute’s highest scientific organ- decided in 1971 to include in the Work Programme of the Institute what in the original French version of the resolution was indicated as an «essai d’unification portant sur la partie générale des contracts (en vue d’une Codification progressive du droit des obligations ‘ex contractu’)*”. BONELL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Prepared by the Institute for the Unification of Private Law”, *Transnational law in commercial legal practice*, Op. Cit., pág. 11. Cfr.: ZIMMERMANN, R.: “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 in Comparative Perspect”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 21, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2006, pág. 2.

¹⁶²⁸ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., págs. 119–120.

¹⁶²⁹ Cfr.: ZIMMERMANN, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 in Comparative Perspect”, *The Tulane European and civil law forum*, Op. Cit., pág. 3.

¹⁶³⁰ En este sentido, ZIMMERMANN expresa lo siguiente: “Además, a finales de 1994 aparecieron en Roma los «Principios de los contratos comerciales internacionales» del *International Institute for the Unification of the Private Law (Unidroit)*. En su mayor parte, están estructurados como los *PECL*: a cada uno de los artículos le sigue un comentario, aunque se ha renunciado a incorporar notas de derecho comparado”. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 120.

¹⁶³¹ Cfr.: OVIEDO ALBÁN, “Los principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Op. Cit., págs. 304–305.

¹⁶³² Cfr.: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 62.

Segundo Grupo de Trabajo dirigido por Michael Joachim BONELL.¹⁶³⁴ Los Principios *UNIDROIT*,¹⁶³⁵ que se completaron desde 1971 a 2010,¹⁶³⁶ constituyen el primer intento de importancia sobre la unificación del Derecho privado.¹⁶³⁷ Están concebidos como un conjunto de normas jurídicas aplicables¹⁶³⁸ a los contratos comerciales internacionales¹⁶³⁹ e intentan recoger las diversas soluciones que entregan los distintos ordenamientos jurídicos.¹⁶⁴⁰ Y, a diferencia de los *PECL*, los Principios *UNIDROIT*

¹⁶³³ En este sentido, PERALES VISCASILLAS señala que: “Los Principios, sin embargo, no nacieron con vocación de perdurar inmutables en el tiempo [...]”. PERALES VISCASILLAS, “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 193.

¹⁶³⁴ En este sentido, ZIMMERMANN expresa que: “*The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 are the result of the deliberations of this second working group. They constitute a new edition of the 1994 Principles which have only been slightly revised. The 1994 Principles, in other words, have now been replaced and superseded by the 2004 Principles*”. ZIMMERMANN, “The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts 2004 in Comparative Perspect”, *The Tulane European and civil law forum*, Op. Cit., pág. 5.

¹⁶³⁵ En este sentido, GALGANO señala que: “*UNIDROIT* elaboró de la *lex mercatoria* una recopilación orgánica [...]”. GALGANO, “El contrato en las relaciones transnacionales”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 21.

¹⁶³⁶ Cfr.: BÉRAUDO, J. P.: “Principios de *UNIDROIT* (y de la Unión Europea) y su influencia en el Derecho internacional”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pág. 294.

¹⁶³⁷ Cfr.: VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Capítulo 17. El ámbito de regulación del futuro «derecho contractual europeo». De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 406.

¹⁶³⁸ En este sentido, ESPINA expresa lo siguiente: “Ciertamente, sólo los Principios de *UNIDROIT* se conciben a sí mismos como propio instrumento del tráfico internacional entre empresas, al enunciar su noción básica como reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”. ESPINA, D.: “El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual. Principios *UNIDROIT* y Principios de Derecho Contractual Europeo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Presidente), N^o 710, Nov.–Dic. 2008, Madrid, 2008, págs. 2431–2484.

¹⁶³⁹ En este sentido, BONELL señala lo siguiente: “*The UNIDROIT Principles are intended to enunciate rules which are common to (most of) the existing legal systems and at the same time to select the solutions which seem best adapted to the special requirements of international trade*”. BONELL, “The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts Prepared by the Institute for the Unification of Private Law”, *Transnational law in commercial legal practice*, Op. Cit., pág. 13.

¹⁶⁴⁰ Cfr.: OVIEDO ALBÁN, “Los principios de *UNIDROIT* para los Contratos Comerciales Internacionales

tienen una pretensión de universalidad.¹⁶⁴¹ Por otra parte, los Principios *UNIDROIT*, al igual que los *PECL*, constituyen un esfuerzo valorable dentro del proceso de armonización y unificación del Derecho europeo de contratos,¹⁶⁴² y su éxito se debe a ello.¹⁶⁴³ Además, un aspecto importante que es necesario señalar, es que innovan al basar varias de sus soluciones en principios de equidad, no necesariamente recogidos por las diversas legislaciones.¹⁶⁴⁴ Aun cuando, en honor a la verdad, la doctrina ha señalado que, en general, los laudos arbitrales y las sentencias judiciales, raramente recurren a los Principios *UNIDROIT* (al igual que a los *PECL*), como instrumento de resolución del conflicto, éstos sólo han sido utilizados de forma indirecta, con el fin de apoyar la decisión basada en otro instrumento,¹⁶⁴⁵ aun cuando el TS¹⁶⁴⁶ si los ha tomado en cuenta.¹⁶⁴⁷

de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Op. Cit., pág. 305.

¹⁶⁴¹ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 120.

¹⁶⁴² En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO señala que: “Podríamos convenir en que la reglamentación existente tanto en los *PECL* como en el MCR o los Principios *UNIDROIT* supone un avance «tecnológico» en casi todos los elementos que determinan la dinámica jurídica del contrato [...]”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 105.

¹⁶⁴³ Cfr.: PARRA-ARANGUREN, G.: “El Proyecto de «Principios» de *UNIDROIT*. Aspectos de Derecho internacional privado”, «*Principi per i contratti commerciali internazionali*» e il sistema giuridico latinoamericano, a cura di M. Joachim Bonell y Sandro Schipani, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma, Cedam, S. p. A., Padova, 1996, pág. 35.

¹⁶⁴⁴ Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Op. Cit., págs. 680–681.

¹⁶⁴⁵ Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 100–101.

¹⁶⁴⁶ En este sentido, v. gr., se ha pronunciado la STS de 23 de julio de 2007, (RJ/2007/4702) y la SAP de Madrid de 4 de junio de 2007, (AC/2007/1226). Cfr.: ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, Prólogo, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. I, enero–marzo 2008, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 290–291.

¹⁶⁴⁷ En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA señala que: “[...] Sin duda, los Tribunales españoles parecen ser los más prolíficos; son ya más de veinte las sentencias del Tribunal Supremo y numerosos los pronunciamientos de Audiencias Provinciales en las que los *PECL* aparecen en los Fundamentos”. Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de

En cuanto a la estructura de los Principios *UNIDROIT*,¹⁶⁴⁸ estos se constituyen por nueve capítulos,¹⁶⁴⁹ los que, siguiendo el *iter* contractual, tratan de las siguientes materias: Capítulo I. Disposiciones Generales; Capítulo II. Formación y apoderamiento de representantes; Capítulo III. Validez; Capítulo IV. Interpretación; Capítulo V. Contenido y estipulación a favor de terceros; Capítulo VI. Cumplimiento; Capítulo VII. Incumplimiento; Capítulo VIII. Compensación y Capítulo IX. Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos.¹⁶⁵⁰

El principal objetivo de los Principios *UNIDROIT* se encuentra establecido en su Preámbulo, que dispone: “Estos Principios establecen reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales.¹⁶⁵¹ [...] Estos Principios [aunque claramente constituyen algo más que principios, proponiendo verdaderas leyes sustantivas o materiales]¹⁶⁵² pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de

Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 173–174. En este sentido se pronuncia PERALES VISCASILLAS. Cfr.: PERALES VISCASILLAS, “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 186.

¹⁶⁴⁸ Cfr.: BONELL, “The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts Prepared by the Institute for the Unification of Private Law”, *Transnational law in commercial legal practice*, Op. Cit., págs. 15–16.

¹⁶⁴⁹ A diferencia de los *PECL*, en que sólo se trata de una parte del Derecho contractual, los PRINCIPIOS *UNIDROIT* se refieren con mayor detalle al Derecho de los contratos. Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 121.

¹⁶⁵⁰ Cfr.: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.uncitral.org>>, Op. Cit., págs. 1 y ss.

¹⁶⁵¹ Cfr.: VALIÑO DEL RÍO, “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 411. Al respecto, *vid.* también: PENDÓN MELÉNDEZ, M. Á.: “Preámbulo. Propósito de los Principios”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 23–53.

¹⁶⁵² Cfr.: LEÓN STEFFENS, A.: “Principios para contratos comerciales internacionales: algunas consideraciones de Derecho internacional privado en torno al Proyecto de *UNIDROIT*”, «*Principi per i contratti commerciali internazionali*» e il sistema giuridico latinoamericano, a cura di M. Joachim Bonell y Sandro Schipani, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma, Cedam, S. p. A., Padova, 1996, pág. 45.

derecho uniforme [Párrafo VI del Preámbulo]”.¹⁶⁵³ Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.¹⁶⁵⁴ Estos Principios pueden servir como modelo¹⁶⁵⁵ para los legisladores nacionales e internacionales”.¹⁶⁵⁶

Estos Principios, se enmarcan dentro del llamado “*soft law*”,¹⁶⁵⁷ esto es, la obligatoriedad de los mismos depende exclusivamente de la autonomía privada¹⁶⁵⁸ de los contratantes,¹⁶⁵⁹ toda vez que los Principios *UNIDROIT* no constituyen un tratado

¹⁶⁵³ Al respecto, *vid.*: KLEINHEISTERKAMP, J.: “Los principios *UNIDROIT* en la interpretación del Derecho nacional por tribunales estatales”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pág. 177.

¹⁶⁵⁴ En este sentido, DE LOS MOZOS expresa su crítica a este texto, al plantear que tienen una marcada raigambre anglosajona, lo que queda de manifiesto en la formulación de “principios”. *Cfr.*: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 178.

¹⁶⁵⁵ En este sentido, BONELL señala que: “*In some cases –as in the preparation of the new Civil Code of the Russian Federation– this occurred even before the publication of the first edition in 1994. In the following years, the UNIDROIT Principles were chosen as a model of the new Civil Codes of Estonia and of Lithuania, both of which entered into force in 2001*”. BONELL, “*CISG, European Contract Law*”, *The American Journal of comparative law*, vol. 56, n^o 1, Op. Cit., pág. 19. Este autor agrega que países como Irán, Pakistán, Turquía, Vietnam y Mongolia han tenido a la vista los Principios *UNIDROIT* a fin de modernizar su legislación. *Ídem*.

¹⁶⁵⁶ *Cfr.*: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.uncitral.org>>, Op. Cit., pág. 1.

¹⁶⁵⁷ Al respecto, *vid.*: KORKEA-AHO, E.: “EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility and Diversity Guaranteed?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n^o 3, vol. 16, Europa Rapid Press Release, Maastricht, 2009, págs. 271–290; PERALES VISCASILLAS, “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 197; STEFAN, O.: “Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law”, *European Law Review*, vol. 37, n^o 1, febrero 2012, Sweet & Maxwell, London, 2012, págs. 49–69; WELLENS, K. C. y BORCHARDT, G. M.: “Soft Law in European Community Law”, *European Law Review*, vol. 14, octubre 1989, Sweet & Maxwell, London, 1989, págs. 267–321.

¹⁶⁵⁸ Con relación al rol de la autonomía privada en los contratos internacionales, *vid.*: CARBONE, S. M. y LUZATTO, R.: *Il contratto internazionale*, UTET Librería, Torino, 1994, págs. 1 y ss. Al igual que los textos analizados y por revisar, el rol que ellos le otorgan a la autonomía privada es fundamental. *Cfr.*: BONELL, “The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts Prepared by the Institute for the Unification of Private Law”, *Transnational law in commercial legal practice*, Op. Cit., págs. 19–20; LANDO, O.: “The role of party autonomy and the relevance of usages”, *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997, págs. 109 y ss.

¹⁶⁵⁹ En este sentido, VALIÑO DEL RÍO señala que: “Por lo tanto, las partes son libres para elegir estos

internacional en el sentido del artículo 2, nº 1, a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aun cuando, algunos tribunales los han aplicado, por el simple hecho de constituir “principios” aplicables para los contratos mercantiles internacionales,¹⁶⁶⁰ reconocidos por diversos ordenamientos jurídicos y una base importante de la llamada “*lex mercatoria*”.¹⁶⁶¹

Con todo, la aplicación de los Principios *UNIDROIT* tienen un límite: el derecho imperativo nacional e internacional. En este sentido, dispone el artículo 1.4 (“Normas de carácter imperativo”) lo siguiente: “Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional,

Principios como derecho aplicable [...]”. VALIÑO DEL RÍO, “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 412.

¹⁶⁶⁰ El proceso de unificación y armonización del Derecho, también se ha extendido a materias de Derecho de familia, Derecho de alimentos, Derecho del consumo y Derecho sucesorio. Al respecto, *vid.*: FONT SEGURA, A.: “Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos relativas a la competencia judicial”, *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Ramón Viñas y Georgina Garriga (Coords.), Prólogo de Alegría Borrás y Paul Lagerde, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, págs. 59–81; LEISTNER, M.: “Harmonization of intellectual property law in Europe: The European Court of Justice’s trade mark case law 2004–2007”, *Common Market Law Review*, Alan Daswood, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Jean–Paul Jacqué, Pieter Jan Kuijper, Wulf–Henning Roth, Piet Jan Slot y Jan A. Winter (Edits.), vol. 45, nº 1, February 2008, Europa Rapid Press Release, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, págs. 69–91; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “Hacia un derecho internacional privado europeo de sucesiones: la unificación de las normas de competencia”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 49/2013, Beatriz Pérez de las Heras (Direct.), Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, 2013, págs. 133–158; PINTENS, W.: “Europeanisation of family law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation Family Law in Europe*, Katharina Boele–Woelki (Edit.), Intersentia, Oxford, 2003, págs. 3–33; MARINO, S.: “L’evoluzione del processo di armonizzazione in materia di diritti dei consumatori nell’unione Europa alla luce delle recenti Direttive e Proposte dell’UE”, *Diritto comunitario e degli sacmbi internazionali*, nº 3/2012, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, págs. 583–601; MARTONE, A.: “Il Regolamento (CE) N. 4/2009 e la «codificazione» europea della disciplina in materia di obbligazioni alimentari”, *Diritto comunitario e degli sacmbi internazionali*, nº 2/2012, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, págs. 319–345; VERBEKE, A. y YVES–HENRI, L.: “Harminization of the Succession in Europe”, *Towards a European Contract Law*, Part. VI, Performance and Remedies, Reiner Schulze y Jules Stuyck (Edits.), Sellier. European law publishers, Munich, 2011, págs. 173–188; TERNER, P.: “Perspectives of a European Law of Succession”, *Masstricht Journal of European and Comparative Law*, nº 2, vol. 14, Europa Rapid Press Release, Masstricht, 2007, págs. 147–178.

¹⁶⁶¹ *Cfr.*: BONELL, M. J.: “*UNIDROIT* Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, *Revista Der. Unif.*, 2004–1. En <<http://www.unidroit.org/>>, págs. 5–40.

que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.¹⁶⁶² En cuanto a la aplicación material de los Principios *UNIDROIT*, a diferencia de la Convención de Viena de 1980, se aplican a cualquier clase de contrato, pues, el texto de los mismos no delimita su ámbito específico de aplicación. En este sentido, el Prólogo de los Principios *UNIDROIT* establecen que: “Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. [...]”.¹⁶⁶³ Los Principios, si bien no definen el término “contrato internacional”, tratan de que su ámbito de aplicación se extienda, pues, la mercantilidad del acto está tomada en sentido amplio, y no sólo se refiere a materias mercantiles y civiles.¹⁶⁶⁴ La doctrina ha excluido del ámbito de aplicación de los Principios *UNIDROIT*, a las operaciones de consumo, pues en ellas no se celebra un acto de comercio ni se está ejerciendo una profesión.¹⁶⁶⁵ Aunque otros autores no encuentran acertada la exclusión de los actos de consumo del ámbito de aplicación de los Principios *UNIDROIT*, por que no se aclara del todo cuando estamos frente a un acto de comercio, contrastando la premisa básica de extender a la mayor cantidad de contratos su aplicación.¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶² PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.uncitral.org>>, Op. Cit., pág. 2.

¹⁶⁶³ Cfr.: *Ibidem*, pág. 1.

¹⁶⁶⁴ En este sentido, OVIEDO ALBÁN señala que: “En los Principios de *UNIDROIT* se quiso adoptar un criterio lo suficientemente amplio en su interpretación, que permitiera excluir solamente los casos en que dentro del contrato no existiera ningún elemento internacional, es decir, cuando todos los elementos relevantes en el contrato en cuestión estuvieran conectados con un solo país”. OVIEDO ALBÁN, “Los principios de *UNIDROIT* para los Contratos Comerciales Internacionales de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Op. Cit., pág. 313.

¹⁶⁶⁵ El motivo de la exclusión, se basa principalmente en que las normas que regulan el Derecho del consumo, tienen un carácter imperativo. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Op. Cit., pág. 681.

¹⁶⁶⁶ Cfr.: OVIEDO ALBÁN, “Los principios de *UNIDROIT* para los Contratos Comerciales Internacionales

Por último, el ámbito de aplicación de los Principios *UNIDROIT* se puede perfectamente extender a otras operaciones, ya que la única limitación serían las normas de derecho imperativo o necesario, sea nacional o internacional.¹⁶⁶⁷

3.1.3.– ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS PREVISTOS POR LOS PRINCIPIOS *UNIDROIT* ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

3.1.3.1.– GENERALIDADES.

Los Principios *UNIDROIT* se refieren expresamente a la resolución contractual. Resulta interesante hacer mención de ellos, por cuanto no sólo reconoce las modernas tendencias en esta materia (al hablar de “remedios”), si no que pretende, al igual que otros textos de Derecho uniforme, “[...] llenar vacíos en el Derecho aplicable”.¹⁶⁶⁸ Asimismo, el artículo 3.2.4 de los Principios *UNIDROIT* (“Remedios por incumplimiento”), dispone que: “Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado

de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Op. Cit., págs. 307–310.

¹⁶⁶⁷ Cfr.: BONELL, “The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts Prepared by the Institute for the Unification of Private Law”, *Transnational law in commercial legal practice*, Op. Cit., pág. 19; OVIEDO ALBÁN, “Los principios de *UNIDROIT* para los Contratos Comerciales Internacionales de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Op. Cit., pág. 311. En este sentido, anota OVIEDO ALBÁN, lo siguiente: “Los Principios de *UNIDROIT* no adoptan claramente criterio alguno para establecer la internacionalidad del contrato. En el comentario al preámbulo se afirma que éstos deben ser interpretados de la manera más amplia posible. El carácter internacional de los contratos mercantiles tiene una amplia connotación, ya que, como lo afirma el preámbulo, únicamente se excluyen las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola nación”. *Ibidem*, pág. 313.

¹⁶⁶⁸ BÉRAUDO, J.-P.: “Los principios *UNIDROIT* como instrumento para interpretar o suplementar textos internacionales de Derecho uniforme o textos de Derecho interno”, *The UNIDROIT principles: A common law of contracts for the Americas*, Frédérique Mestre y Patricia de Seume (Edits.), Roma, 1998, pág. 236.

remedios¹⁶⁶⁹ por incumplimiento”.¹⁶⁷⁰ Aun cuando los Principios tienen el carácter de doctrina científica, el TS los ha utilizado en algunas sentencias: STS de 8 de mayo de 2012, (RJ/2012/6117) sobre la interpretación de los contratos y STS de 28 de junio de 2012, (RJ/2012/8353), sobre el incumplimiento contractual.¹⁶⁷¹

3.1.3.2.– INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

El artículo 7.4.1,¹⁶⁷² que se refiere al derecho de resarcimiento, dispone lo siguiente: “Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios,¹⁶⁷³ salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios”.¹⁶⁷⁴ Esta norma se refiere al derecho de resarcimiento en caso de cumplimiento, salvo dos excepciones: (a) cuando exista una fuerza mayor (*force majeure*) y (b) frente a una cláusula de exoneración.¹⁶⁷⁵

¹⁶⁶⁹ El subrayado es mío.

¹⁶⁷⁰ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 10.

¹⁶⁷¹ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M^a. C.: “Avances en la aplicación de los Principios *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusula modelo para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2014, vol. 6, n^o 1, en <<http://e-revistas.uc3m.es/>>, pág. 261.

¹⁶⁷² Vid.: MORÁN BOVIO, D.: “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 356–357.

¹⁶⁷³ En este sentido, MCGREGOR señala que: “El resarcimiento ha denominado ampliamente el campo como remedio contractual central y este artículo inicial establece la regla básica de que el resarcimiento es posible como compensación de la pérdida resultante del incumplimiento de un contrato”. MCGREGOR, H.: *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Traducc. y nota preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, J. M. Bosch Editor, S. L., Barcelona, 1997, pág. 111.

¹⁶⁷⁴ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 25.

¹⁶⁷⁵ Los PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 definen a las cláusulas de exoneración como “[...] aquellas que, en primer lugar, limitan directamente o excluyen la responsabilidad de la parte incumplidora por su incumplimiento”. PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 211.

El contratante cumplidor deberá acreditar el incumplimiento de la obligación, sin que deba probar la culpa del contratante incumplidor, es decir, los Principios prescinden de todo elemento subjetivo a la hora de establecer el remedio indemnizatorio. Con todo, como se dijo, en caso de fuerza mayor no habrá derecho a indemnización de daños y perjuicios. Tampoco se atiende al carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas. La indemnización de daños y perjuicios puede constituirse en un remedio principal (cuando se solicita únicamente este remedio) o accesorio (cuando se deduce la acción indemnizatoria como complemento a otros remedios (v. gr., la subsanación del incumplimiento, la publicación en periódicos, etc.).¹⁶⁷⁶ Asimismo, “[l]a parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. [...] Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”.¹⁶⁷⁷ (Artículo 7.4.2).¹⁶⁷⁸ El contratante cumplidor tiene derecho a una reparación completa e íntegra,¹⁶⁷⁹ incluyendo el daño no pecuniario,¹⁶⁸⁰ (*the loss, including loss of profit*).¹⁶⁸¹ Respecto de esta norma, VIGURI PEREA señala que: “Es innegable que la normativa

¹⁶⁷⁶ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, págs. 240–241.

¹⁶⁷⁷ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, págs. 25–26.

¹⁶⁷⁸ Los PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 entregan varios ejemplos a este respecto: “La Bibliothèque de France envía un manuscrito valioso por mensajería especializada a Nueva York para una exposición. El manuscrito se daña irreparablemente durante su transporte. Su pérdida se estima en 5,000 euros. Ésta es la suma que debe pagar la compañía de mensajería”. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 242.

¹⁶⁷⁹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 241.

¹⁶⁸⁰ Cfr.: MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 357.

¹⁶⁸¹ Cfr.: VIGURI PEREA, A.: *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pág. 229.

UNIDROIT se distancia de las concepciones civilistas clásicas, sepultando definitivamente a la culpa como requisito esencial a la hora de fijar la indemnización de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de contrato, tal como se deduce del artículo 7.4.1”.¹⁶⁸²

Por su parte, el artículo 7.4.3 (“Certeza del daño”),¹⁶⁸³ dispone que: “(1) La compensación sólo se debe por el daño,¹⁶⁸⁴ incluyendo el daño futuro,¹⁶⁸⁵ que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.¹⁶⁸⁶ (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.¹⁶⁸⁷ (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el

¹⁶⁸² VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Op. Cit., pág. 228.

¹⁶⁸³ En este sentido, VIGURI PEREA, señala que: “No menos lógico resulta reseñar que los daños deben determinarse de una manera cierta, con un grado razonable de certeza, como así lo establece el artículo 7.4.3 (1), que sirve de perfecto complemento al artículo 74 del Convenio de Viena, puesto que nada dice sobre el grado de seguridad que el juez debe tener a la hora de indemnizar, en relación a las ganancias futuras o respecto a las pérdidas de oportunidades de ganancia (lo que se entiende en el campo del *common law* como «*loss of a chance*»”. *Ibidem*, pág. 230.

¹⁶⁸⁴ Al respecto, *vid. supra*, nota nº 1595, págs. 415–416.

¹⁶⁸⁵ En este sentido, los PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES señalan que: “Esta norma podría ser aplicada en el comercio internacional en materia de contratos celebrados por artistas, deportistas famosos y famosas o consultores contratados por una empresa u organización”. PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 244.

¹⁶⁸⁶ Por otra parte, *UNIDROIT* señala que: “*Il presente articolo riafferma il ben noto requisito della certezza del danno, poichè non è possibile richiedere alla parte inadempiente di risarcire un danno che potrebbe non essersi verificato oppure non verificarsi mai*”. *UNIDROIT: Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, edito dall’ Istituto Internazionale per ‘Unificazione del Diritto Privato, Roma, 2004, pág. 257.

¹⁶⁸⁷ En este sentido, MORÁN BOVIO señala que: “Tal certeza no plantea demasiados problemas en la vertiente del daño emergente, ya que éste, en cuanto acontecido, es fácilmente cuantificable. La dificultad contable surge en el lucro cesante por su carácter de pura expectativa. En cuanto tal, para obtener un grado razonable de certidumbre en el cálculo del daño, sólo cabe recurrir a indicios y posibilidades”. MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 360.

monto del resarcimiento”.¹⁶⁸⁸ Este precepto, señalan los Principios *UNIDROIT*: “[...] confirma el conocido principio de certeza del daño, ya que no es posible solicitar a la parte incumplidora que repare un perjuicio que no se ha producido y que posiblemente nunca suceda”.¹⁶⁸⁹ Asimismo, el artículo 7.4.4. (Previsibilidad del daño),¹⁶⁹⁰ dispone que: “La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”.¹⁶⁹¹ Respecto de esta norma, los mismos Principios señalan que: “Los requisitos de previsibilidad deben ser analizados simultáneamente con los de la certeza del daño establecidos en el art. 7.4.3”.¹⁶⁹² Por su parte, MORÁN BOVIO señala que: “[...] la parte incumplidora sólo tiene obligación de resarcir los daños previstos¹⁶⁹³ o que hubiera podido prever en el momento de la celebración del contrato”.¹⁶⁹⁴ La tesis de la previsibilidad del daño, propia del Derecho anglosajón (“*foresseeability*”), es tan relevante en el Derecho de USA, de tal manera que

¹⁶⁸⁸ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 26.

¹⁶⁸⁹ *UNIDROIT: Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2004, pág. 245.

¹⁶⁹⁰ En el Derecho anglosajón, como precursores de esta regla, MCGREGOR se refiere a los casos *Hadley v. Baxendale* (1854), *Victoria Laundry v. Newman Industries* (1949) y *Koufos v. Czarnikow* (1969). Cfr.: MCGREGOR, *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Op. Cit., pág. 111.

¹⁶⁹¹ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 26.

¹⁶⁹² PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 246.

¹⁶⁹³ En este sentido, VIGURI PEREA señala que: “[...] sobre lo que se debe entenderse por imprevisible y sus limitaciones en cuanto a la estimación de daños, con la abundante jurisprudencia que sirve para refrendar nuestra opinión (*O’Toole v. Northop Grumman Corp.*, en el área del contrato de trabajo; *Entergy Arkansas, Inc. v. Nebraska*, en el campo de los contratos públicos; *PTG Logistics, LLC v. Bickel’s Snack Foods, Inc.*, en el ámbito del contrato de transporte; *Giampapa v. American Family Mutual Ins.*, en la esfera del contrato de seguro)”. VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Op. Cit., pág. 245.

¹⁶⁹⁴ MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 361.

en éste no se indemnizan los daños no previsibles.¹⁶⁹⁵ *UNIDROIT* nos otorga un ejemplo: “Una compañía de limpieza solicita una máquina que es entregada con cinco meses de retraso. El fabricante de la máquina debe compensar a la compañía de limpieza por el lucro cesante originado por la demora en su entrega, ya que el fabricante pudo haber previsto que la máquina debía ser puesta en funcionamiento de inmediato. Por otra parte, el daño resarcible no comprende la pérdida por parte de la compañía de limpieza de un valioso contrato con el gobierno, que se habría celebrado de haber sido entregada la máquina a tiempo, ya que este tipo de perjuicio no era previsible”.¹⁶⁹⁶

Por último, el artículo 7.4.5 señala que: “Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional”.¹⁶⁹⁷ Esta presunción equivale a la contenida en el artículo 75 de la *CISG*.¹⁶⁹⁸ Se aplica toda vez que la parte incumplidora ha tendido a mitigar el daño, por ello, la indemnización por daños y perjuicios será el resultado de la diferencia entre el daño real y el precio pagado. Esta operación de reemplazo, sin embargo, debe realizarse dentro de un término razonable y de forma adecuada.¹⁶⁹⁹ Para VIGURI PEREA: “Con respecto al artículo 7.4.5 de los

¹⁶⁹⁵ Cfr.: VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Op. Cit., pág. 233.

¹⁶⁹⁶ *UNIDROIT, Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 247.

¹⁶⁹⁷ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 26.

¹⁶⁹⁸ En este sentido, MORÁN BOVIO señala que: “Se consagra en este precepto [...] un sistema para la evaluación del resarcimiento, nacido en la práctica del contrato de compraventa y que es típico de esta institución”. MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 364. Al respecto, vid.: *UNIDROIT: Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 248.

¹⁶⁹⁹ Cfr.: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 248.

Principios parece que la operación de reemplazo realizada por la parte perjudicada viene impuesta por el deber de atenuar el daño o los usos comerciales”.¹⁷⁰⁰

El artículo 7.4.8 (“Atenuación del daño”),¹⁷⁰¹ dispone que: “(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”.¹⁷⁰² Nuevamente esta regla, al parece tiene su origen en el Derecho anglosajón. En este sentido señala que: “La amplitud de las pérdidas resultantes del incumplimiento de un contrato puede ser a menudo aminorado considerablemente mediante una previsora actuación por parte de la víctima del incumplimiento”.¹⁷⁰³ Esta “*mitigation*” se funda en razones de justicia: el contratante cumplidor no deberá estar obligado a sufrir un incremento en los daños y perjuicios que pudieron ser razonablemente atenuados.¹⁷⁰⁴ En el sistema jurídico español no existe una norma semejante, que se funda en principios de equidad natural. La Convención de Viena se refiere de manera más refinada a esta cuestión, en su artículo 77.¹⁷⁰⁵ *UNIDROIT* señala que: “El propósito de este artículo es evitar que la parte perjudicada permanezca inactiva y aguarde pasivamente el resarcimiento del daño que pudo evitar o

¹⁷⁰⁰ VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Op. Cit., págs. 237–238.

¹⁷⁰¹ Al respecto, *vid.*: *UNIDROIT: Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, Op. Cit., págs. 265 y ss.

¹⁷⁰² PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 26.

¹⁷⁰³ MCGREGOR, *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Op. Cit., pág. 120.

¹⁷⁰⁴ *Cfr.*: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 253.

¹⁷⁰⁵ *Cfr.*: MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., págs. 369–370.

cuyas consecuencias pudo atenuar. Así se establece que no será resarcido todo daño que la parte perjudicada pudo evitar adoptando medidas razonables”.¹⁷⁰⁶

3.1.3.3.– DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

El artículo 7.1.1 (“Definición del incumplimiento”), dispone que: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.¹⁷⁰⁷ Lo más destacado de esta norma es la inclusión del cumplimiento defectuoso y tardío dentro de la noción de incumplimiento. Ello no se condice con el sistema jurídico español, en el cual se distingue claramente el incumplimiento y el cumplimiento defectuoso.¹⁷⁰⁸ El incumplimiento es excusable cuando: (a) existe interferencia de la contraparte (artículo 7.1.2); (b) ante la suspensión del cumplimiento (artículo 7.1.3); y (c) ante acontecimientos imprevisibles (artículo 7.1.7).¹⁷⁰⁹

Por su parte, el artículo 7.1.2 (“Interferencia de la otra parte”), señala que: “Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier

¹⁷⁰⁶ UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 253.

¹⁷⁰⁷ Respecto de esta norma, UNIDROIT señala que: “*La prima è che l'«unadempimento» viene definito in modo tale da ricomprendere tutte le forme di inesatto adempimento come pure il completo inadempimento dell'obbligazione. Pertanto, per un costruttore costituisce inadempimento la costruzione di un edificio che in parte è conforme al contratto ed in parte presenta difetti, oppure il tardivo completamento dell'edificio medesimo*”. UNIDROIT: *Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, Op. Cit., pág. 210.

¹⁷⁰⁸ Cfr.: MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 323.

¹⁷⁰⁹ Cfr.: UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 200.

otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo”.¹⁷¹⁰ Esta norma se refiere a dos circunstancias que excusan el incumplimiento de una de las partes: el incumplimiento de la otra parte y el caso fortuito o fuerza mayor.¹⁷¹¹ Ambas circunstancias están presentes, como se ha analizado, en el sistema español.¹⁷¹² En definitiva, la noción de incumplimiento, que puede ser excusable o no, incluye tres hipótesis: (a) el cumplimiento tardío; (b) cumplimiento defectuoso; (c) incumplimiento total.¹⁷¹³

Con relación a la facultad resolutoria, el artículo 7.3.1 (“Derecho a resolver el contrato”),¹⁷¹⁴ señala que: “(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;¹⁷¹⁵ (d) el

¹⁷¹⁰ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 26.

¹⁷¹¹ Al respecto, *vid.*: *UNIDROIT: Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., págs. 201 y ss.

¹⁷¹² *Cfr.*: MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., págs. 325–326.

¹⁷¹³ *Cfr.*: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 200.

¹⁷¹⁴ En este sentido, el PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE señala que: “[Principes *UNIDROIT*] Ils consacrent une résolution unilatérale pour inexécution [...]”. PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE. PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Avant-propos de Bénédicte Fauvarque-Cosson et Denis Mazeaud, Introduction de Guillaume Wicker et Jean-Baptiste Racine, Société de Législation Comparée, Paris, 2008, pág. 691.

¹⁷¹⁵ Respecto de este artículo, los PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES señalan que: “[...] Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional”. PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en

incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5”¹⁷¹⁶.¹⁷¹⁷ Esta norma regula de buena manera el régimen de la resolución contractual, innovando (en las cuatro primeras letras del n° 2) respecto del sistema español. Los dos primeros supuestos (letras a y b), se refieren a circunstancias objetivas, que podrían incluirse en lo que regula el artículo 1100 del CC que se refiere a los casos de excepción en que no se requiere interpelación judicial para que el deudor se encuentre constituido en mora. Las letras c) y d) se refieren a circunstancias subjetivas reguladas en el CC: artículos 1107 y 1127, respectivamente. La regla de la letra e), en cambio, se refiere a un supuesto no previsto en el ordenamiento jurídico español: se veda la posibilidad de resolver el contrato, cuando ella signifique consecuencias gravosas para la otra parte.¹⁷¹⁸

El artículo 7.1.5 (“Período suplementario para el cumplimiento”) dispone que: “(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla. (2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período

<<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 244.

¹⁷¹⁶ En este sentido, los PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES señalan que: “[...] la parte perjudicada pueda otorgar a la parte que incumple un periodo suplementario (*Nachfrist*) para resolver un contrato que, de otro modo, no podría resolver por retraso”. *Ibidem*, pág. 231.

¹⁷¹⁷ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 24.

¹⁷¹⁸ Cfr.: MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para*

suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada. (3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple. (4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora”.¹⁷¹⁹ Esta norma se refiere al término adicional que el contratante cumplidor puede concederle al incumplidor para que proceda a cumplir íntegramente su obligación, sobre la base de distinguir entre un incumplimiento esencial y uno que no tiene tal carácter. Cuando el incumplimiento es esencial, la parte cumplidora puede suspender su propio cumplimiento y reclamar una indemnización de daños y perjuicios; cuando se trata de un incumplimiento no esencial, la parte cumplidora puede resolver el contrato cuando se cumple el término adicional otorgado al deudor incumplidor.¹⁷²⁰ Es interesante también, hacer alusión al n° 4 de esta norma, que se refiere a los incumplimientos de poca monta o mínimos, no concediendo la facultad de resolución a la parte cumplidora.

Con relación al “incumplimiento esencial”,¹⁷²¹ UNIDROIT comenta lo siguiente: *“Il diritto di risolvere il contratto nel caso di inadempimento della controparte dipende dalla valutazione di diversi fattori. Da un lato, la prestazione può essere così tardiva o inesatta da rendere impossibile alla parte creditrice l’uso che di essa intendeva fare;*

los Contratos del Comercio Internacional, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 349.

¹⁷¹⁹ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 22.

¹⁷²⁰ Cfr.: MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 332.

¹⁷²¹ En este sentido, MCGREGOR menciona los casos *Dakin v. Lee* (1916); *Sumpter v. Hedges* (1898); *ir Shipping Co. v. Kawasaki Kishen Kasha* y *Wayne’s Tank & Pump Co.* (1970)”. Cfr.: MCGREGOR,

*oppure il comportamento della parte inadempiente, sotto altri punti di vista, può essere di tale gravità da doversi necessariamente permettere alla parte creditrice di risolvere il contratto. D'altro canto, la risoluzione spesso causerà un serio danno alla parte inadempiente, che non potrà recuperare le spese sostenute per preparare ed offrire la propria prestazione".*¹⁷²²

Por su parte, el artículo 7.3.2 ("Notificación de la resolución"),¹⁷²³ dispone que: "(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.¹⁷²⁴ (2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa".¹⁷²⁵ La facultad contenida en esta norma se hace valer mediante una notificación a la contraparte, con el fin de evitarle al deudor incumplidor daños y pérdidas originados en la voluntad del contratante cumplidor para aceptar o no el cumplimiento.¹⁷²⁶ El término "razonable" a que se refiere este precepto, deberá ser ponderado conforme a las circunstancias particulares del caso.¹⁷²⁷

Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, Op. Cit., pág. 88.

¹⁷²² UNIDROIT: *Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, Op. Cit., pág. 240. En el Derecho anglosajón, MCGREGOR señala que: "Es indudablemente cierto, tal y como hoy se encuentra el Derecho, que ciertos incumplimientos [incumplimiento sustancial] de contratos legitiman a la víctima del incumplimiento para invocar algunos remedios más drásticos que otros incumplimientos". MCGREGOR, *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, Op. Cit.,* pág. 87.

¹⁷²³ Al respecto, *vid.*: PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE. PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Op. Cit., págs. 702 y ss.

¹⁷²⁴ Se consagra en esta norma, claramente, a la resolución unilateral.

¹⁷²⁵ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 24.

¹⁷²⁶ *Cfr.*: UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 232.

¹⁷²⁷ *Cfr.*: *Ibidem*, pág. 233.

El artículo 7.3.3 (“Incumplimiento anticipado”),¹⁷²⁸ dispone que: “Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato”.¹⁷²⁹ Esta doctrina es propia del sistema anglosajón. En Inglaterra existe hace más de cien años y en Escocia desde 1967 (artículos 75 a 77 de la Cédula 1 de la Ley Uniforme sobre Compraventas Internacionales), aunque en contra de una gran resistencia por parte de la doctrina.¹⁷³⁰ Los Principios ilustran esta norma mediante el siguiente ejemplo: “«A» promete a «B» entregar petróleo transportado en el buque M/S Paul en Montreal el 3 de febrero. El 25 de enero el M/S Paul se encuentra a 2000 Km. de Montreal. A la velocidad que hace no llegará a Montreal el 3 de febrero; como pronto lo haría el 8 de febrero. Como el tiempo de la entrega es esencial y ha de esperarse un retraso significativo, «B» puede resolver el contrato antes del 3 de febrero”.¹⁷³¹

Es interesante lo propuesto por el artículo 7.3.4 (“Garantía adecuada de cumplimiento”):¹⁷³² “Una parte que crea razonablemente¹⁷³³ que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el

¹⁷²⁸ Al respecto, *vid.*: PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE. PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Op. Cit., págs. 710–713.

¹⁷²⁹ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 24.

¹⁷³⁰ *Cfr.*: MCGREGOR, *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Op. Cit., pág. 83.

¹⁷³¹ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 234.

¹⁷³² Al respecto, *vid.*: MCGREGOR, *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Op. Cit., págs. 86–87.

¹⁷³³ UNIDROIT habla de la llamada “expectativa razonable de incumplimiento esencial”. *Cfr.*: UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 234.

contrato”.¹⁷³⁴ Esta norma otorga una garantía a aquella parte que piensa que la contraparte no podrá o no querrá cumplir el contrato,¹⁷³⁵ pero que no puede utilizar el artículo 7.3.3, porque todavía la contraparte puede cumplir con su deber, la facultad para solicitar una garantía de cumplimiento y suspender el cumplimiento de sus obligaciones mientras no se rinde dicha garantía.¹⁷³⁶

En cuanto a los efectos de la resolución,¹⁷³⁷ el artículo 7.3.5 (“Efectos generales de la resolución”),¹⁷³⁸ dispone que: “(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras. (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias¹⁷³⁹ o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún

¹⁷³⁴ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 25.

¹⁷³⁵ En este sentido, MORÁN BOVIO señala que: “[...] si de la certeza del incumplimiento existirá, se enlaza la solicitud de garantía para el adecuado cumplimiento futuro. Y sólo cuando la garantía solicitada no se presta, se dará paso a la resolución, la cual habrá de ser notificada”. MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 353.

¹⁷³⁶ Cfr.: PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, págs. 234–235. En este sentido, VIGURI PEREA señala que: “Al igual que en el Código Uniforme de cumplimiento la Sección 2–609, las garantías adecuadas deberán tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, pudiendo ser válidas, a estos efectos, tanto una expresión de aseguramiento del cumplimiento del contrato, como un crédito documentario u otro tipo de garantía, como en el caso de la fianza”. VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Op. Cit., págs. 225–226.

¹⁷³⁷ En este sentido, MCGREGOR señala que: “El efecto típico de un incumplimiento sustancial [esencial] es legitimar a la víctima del incumplimiento para optar por extinguir el contrato; no es imprescindible, sin embargo, que esto ocurra, y si no ejercita tal opción, el contrato mantiene plena eficacia”. MCGREGOR, *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Op. Cit., pág. 89.

¹⁷³⁸ Al respecto, *vid.*: *Ibídem*, págs. 89 y ss.

¹⁷³⁹ En este sentido, MORÁN BOVIO plantea que: “Que la resolución no deje sin efecto las previsiones contractuales para el arreglo de controversias, es algo implícito en la naturaleza de tales estipulaciones, que figura en algunos pasajes de nuestro Derecho positivo (v. por ejemplo, el escalonamiento que fija el art. 1108 CC para el caso de retraso en el cumplimiento de obligaciones dinerarias, donde se antepone a cualquier solución el acuerdo indemnizatorio propio de las partes) [...]”. MORÁN BOVIO, “Capítulo 7.

después de haber sido resuelto”.¹⁷⁴⁰ Esta norma deja a salvo el derecho a pedir una indemnización por daños y perjuicios, v. gr., “«A» vende a «B» una maquinaria de producción especializada. La maquinaria presenta serios defectos después de que «B» comienza a emplearla y sus importantes defectos provocan el paro de la planta de «B». «B» da por resuelto el contrato pero conserva el derecho de resarcimiento [...]”.¹⁷⁴¹

Por su parte, el artículo 7.3.6 (“Restitución en el caso de contratos de ejecución instantánea”)¹⁷⁴² señala que: “(1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. (2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.¹⁷⁴³ (3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.¹⁷⁴⁴ (4) Puede exigirse una compensación por aquellos gastos razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido”.¹⁷⁴⁵ MORÁN BOVIO señala, respecto de esta norma: “De la posibilidad de completar la restitución como efecto natural de la resolución del vínculo obligatorio,

Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 354.

¹⁷⁴⁰ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 25. Al respecto, vid.: PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE. PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Op. Cit., págs. 710–713.

¹⁷⁴¹ UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 236.

¹⁷⁴² Al respecto, vid.: PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE. PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Op. Cit., págs. 715.

¹⁷⁴³ Vid.: PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 237.

¹⁷⁴⁴ En este caso, UNIDROIT señala que: “La norma también se aplica cuando la parte perjudicada ha realizado un mal negocio”. UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 237.

¹⁷⁴⁵ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 25.

suele depender la propia resolución, de modo que sólo cuando pueda tener lugar la restitución, será exigible la resolución”.¹⁷⁴⁶

Por último, el artículo 7.3.7 (“Restitución en el caso de contratos de ejecución sucesiva”) dispone que: “[...] (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible. (2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del artículo 7.3.6”.¹⁷⁴⁷

3.1.3.4.– LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO.

El artículo 7.1.3 (“Suspensión del cumplimiento”) dispone que: “(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación. (2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido”.¹⁷⁴⁸ Los Principios *UNIDROIT* de 2004, nos dan el siguiente ejemplo respecto de esta norma: “*A concorda di venderé a B mille tonellate di grano bianco, cif Rotterdam, con pagamento da effettuarsi mediante apertura di crédito documentario confermato, in euro, da parte di una banca tedesca. A non è obbligato a spedire la merce a meno che, e fintanto che, B non provveda all’apertura del crédito conformemente alle proprie obbligazioni contrattuali*”.¹⁷⁴⁹ Este artículo, “[...] corresponde funcionalmente con el concepto de

¹⁷⁴⁶ MORÁN BOVIO, “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Op. Cit., pág. 355.

¹⁷⁴⁷ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 25.

¹⁷⁴⁸ *Ibidem*, pág. 20.

¹⁷⁴⁹ *UNIDROIT: Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, Op. Cit pág. 213.

exceptio non adimpleti contractus propio de los países de tradición jurídica romana”.¹⁷⁵⁰

Por su parte, el artículo 7.1.4 (“Subsanación del incumplimiento”) señala que: “(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando: (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación; (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias; (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora. (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento. (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar. (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación. (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación”.¹⁷⁵¹

El contratante incumplidor no podrá efectuar la subsanación en caso de que la parte cumplidora manifieste un interés válido para rechazarla. Si procede a notificar la subsanación al contratante incumplidor, los Principios presumen que existe la facultad de éste para efectuarla,¹⁷⁵² v. gr., “«A» conviene construir un camino en la propiedad de «B». Cuando el trabajo ha sido terminado, «B» descubre que la superficie del camino tiene una inclinación mayor que la permitida en el contrato. «B» también descubre que durante la construcción, los camiones de «A» han dañado sus árboles. «A» notifica a «B» su intención de subsanar, nivelando el camino como lo exige el contrato. Aún siendo apropiada la subsanación en esas circunstancias, «B» podría encontrarse

¹⁷⁵⁰ UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 203.

¹⁷⁵¹ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 22.

¹⁷⁵² Cfr.: UNIDROIT: *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 205.

legitimado a rechazarla a fin de evitar que los árboles continúen siendo dañados”.¹⁷⁵³

3.1.3.5.– DE LA REPARACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEFECTUOSA.

El artículo 7.2.3 (“Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa”)¹⁷⁵⁴ señala que: “El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda”.¹⁷⁵⁵ *UNIDROIT*, ante esta norma, nos señala que: “Este artículo aplica los principios generales de los arts. 7.2.1 y 7.2.2 a un supuesto específico de incumplimiento, el cumplimiento defectuoso. Para mayor claridad, este artículo afirma que el derecho a reclamar el cumplimiento específico incluye el derecho de la parte que ha recibido la prestación defectuosa a reclamar la subsanación del defecto”.¹⁷⁵⁶

3.1.3.6.– EL DERECHO AL CAMBIO DE REMEDIO.

El artículo 7.2.5 (“Cambio de remedio”)¹⁷⁵⁷ dispone que: “(1) La parte

¹⁷⁵³ *UNIDROIT: Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 206.

¹⁷⁵⁴ En este sentido, *UNIDROIT* plantea lo siguiente: “*Il presente articolo costituisce applicazione del principio generale di cui agli articoli 7.2.1 e 7.2.2 ad un'ipotesi speciale, ma molto frequente, di inadempimento, vale a dire l'adempimento inesatto. Al fine di una maggior chiarezza l'articolo specifica che il diritto di pretendere l'adempimento comprende il diritto della parte che abbia ricevuto un adempimento inesatto di pretendere che si apporti rimedio a tale difetto*”. *UNIDROIT: Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, Op. Cit., pág. 233.

¹⁷⁵⁵ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 23.

¹⁷⁵⁶ *UNIDROIT: Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 222.

¹⁷⁵⁷ *Vid.: UNIDROIT: Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a

perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio. (2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio”.¹⁷⁵⁸ El n° 1 se refiere al cambio voluntario del remedio, que procede siempre que se protejan los intereses del contratante incumplidor. De ahí la alusión del artículo a la existencia de un “plazo razonable”. El n° 2 se refiere al siguiente caso: Un contratante trata infructuosamente hacer cumplir una sentencia judicial o un laudo arbitral. Es indudable que ese contratante podrá cambiar de opinión y pedir otro remedio.¹⁷⁵⁹

3.1.3.7.– NOTAS CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LOS PRINCIPIOS *UNIDROIT* Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN.

Los Principios *UNIDROIT*, en mi opinión, constituyen una interesante propuesta, por cuanto sistematizan las principales tendencias modernas, particularmente en lo que se refiere al derecho de opción, *v. gr.*, en materia de indemnización de daños y perjuicios, el artículo 7.4.5, consagra un sistema de evaluación del daño resarcible y la institución de la *mitigation* (artículo 7.4.8), sobre la base del principio de la conservación del contrato. A pesar de que ellos se estructuran de manera simple, olvidan algunas instituciones del Derecho civil moderno de las obligaciones. La *mitigation* (“*avoidable consequences rule*”), presenta una amplia aplicación en el Derecho de USA, alentada por su expresa regulación (Código Uniforme de Comercio,

cura di Michael Joachim Bonell, Op. Cit., págs. 237–238.

¹⁷⁵⁸ PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 24.

¹⁷⁵⁹ Cfr.: *UNIDROIT: Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., págs. 226 y 227.

Secc. 2–704.2).¹⁷⁶⁰ Muchas de sus soluciones se inspiran en la regulación que otorga la CV, pero, a diferencia de ésta, presenta un carácter más actual.

Resulta interesante lo dispuesto por el artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas),¹⁷⁶¹ que señala: “Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: (a) la naturaleza y la finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común”.¹⁷⁶² En los Principios se desarrollan nociones generales que sirven, en mi opinión, como un adecuado marco para que se desenvuelva la necesaria discrecionalidad del juez. Estas nociones amplían los casos en que el tribunal puede intervenir y suponen un mayor acercamiento al ideal de justicia y equidad natural. Además, la regulación del sistema de remedios frente al incumplimiento contractual, resulta abundante y moderna, lo que se condice con la necesidad del comercio actual. También, los Principios suponen una buena y adecuada dosis de flexibilidad.¹⁷⁶³

En contra, puedo decir que los Principios recepcionan varias instituciones que ya se encuentran reguladas en la CV, lo que no supone una mayor novedad en esta materia. La particularidad de los Principios *UNIDROIT*, radica en que permite la acumulación de remedios, siempre que no sean incompatibles entre sí.¹⁷⁶⁴

¹⁷⁶⁰ Cfr.: *UNIDROIT: Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Op. Cit., pág. 246.

¹⁷⁶¹ En este sentido, *UNIDROIT* plantea lo siguiente: “*Diversi possono essere i motivi che stanno alla base della mancata espressa individuazione delle medesime. Le obbligazioni implicite ad es., possono essere così ovvie, data la natura o lo scopo dell’obbligazione, da far ritenere alle parti che non fosse necessario prevederle in modo esplicito*”. *UNIDROIT: Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, Op. Cit., pág. 140.

¹⁷⁶² PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>, pág. 14.

¹⁷⁶³ Cfr.: VIGURI PEREA, *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Op. Cit., pág. 218.

¹⁷⁶⁴ Cfr.: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>, pág. 201.

En definitiva, la pretensión de los Principios *UNIDROIT* de erigirse en una ley modelo, ha sido claramente asumida por la realidad. Así, una corte de arbitraje de Londres (*London Court of Arbitration*) falló conforme a ellos, identificándolos como un principio general del Derecho. El contrato disponía que debía regirse por la llamada “*Anglo–Saxon principles of law*”, el problema fue determinar a que se refería esta fórmula. La Corte estimó que frente a este vacío, debían ser aplicados los Principios *UNIDROIT*.¹⁷⁶⁵ Por su parte, la Corte Internacional de Arbitraje falló conforme a los Principios *UNIDROIT* en el Laudo nº 7375, de 5 de junio de 1996. Se trata de un contrato de suministro de crudo entre USA y un comprador de Medio Oriente, quien demandó por daños y perjuicios al primero por el retardo en la entrega del petróleo. En el contrato faltaba la cláusula de elección de jurisdicción. La Corte estimó que ninguna de las partes deseaba someterse a la ley nacional del otro contratante y, por tanto, escogió una solución no nacional (los Principios *UNIDROIT*), pues la doctrina del *trunc commun* podría demorar por años el juicio.¹⁷⁶⁶

En España, son varias las STS que se han referido y aplican los Principios *UNIDROIT*: STS de 30 de junio de 2014, (RJ/2014/333), STS de 1 de abril de 2014, (RJ/2014/198), STS de 18 de febrero de 2014, (RJ/2014/87), STS de 6 de febrero de 2014, (RJ/2014/52), Auto del TS de 21 de enero de 2014, nº recurso 907/2013, STS de 18 de noviembre de 2013, (RJ/2013/638), STS de 13 de noviembre de 2013, (RJ/2013/696), STS de 9 de octubre de 2013, (RJ/2013/592), STS de 17 de septiembre de 2013, (RJ/2013/506), STS de 18 de enero de 2013, (RJ/2012/822), STS de 17 de enero de 2013, (RJ/2013/820), STS de 27 de septiembre de 2012, (RJ/2012/561), STS de 29 de febrero de 2012, (RJ/2012/74), entre otras.

¹⁷⁶⁵ Cfr.: OVIEDO ALBÁN, J.: “Aplicaciones de los Principios *UNIDROIT* a los contratos comerciales internacionales”, *Criterio jurídico*, nº 3, vol 1, Santiago de Cali, 2003, pág. 28.

¹⁷⁶⁶ Cfr.: *Ibidem*, pág. 26.

Así, la STS de 18 de febrero de 2014, (RJ/2014/87), que dispone: “La jurisprudencia más reciente (SSTS de 14 de junio de 2011; 10 de septiembre y 21 de marzo de 2012, 20 de marzo de 2013) viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de *UNIDROIT* (art. 7.3.1 (2.b)), cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda, entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado que se hallaba al estipularse el contrato (artículo 1468 CC) y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC)”.¹⁷⁶⁷

3.2.– PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (PRINCIPIOS LANDO).

3.2.1.– ALGUNAS NOTAS PRELIMINARES EN TORNO A LOS *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*.

El primer germen de unificación del derecho de las obligaciones a nivel europeo,¹⁷⁶⁸ se dio en un seminario celebrado en Copenhague, en 1974.¹⁷⁶⁹ En dicha

¹⁷⁶⁷ STS de 18 de febrero de 2014, (RJ/2014/87).

¹⁷⁶⁸ Ésta es la opinión, *v. gr.*, de VATTIER FUENZALIDA, quien expresa lo siguiente: “El primero de estos proyectos [de unificación del derecho contractual europeo] está constituido por los Principios del Derecho

oportunidad el profesor LANDO, junto con otros participantes, especialmente HAUSCHILD, miembro de la Dirección General de Mercado Interno en la Comisión de las Comunidades Europeas, convinieron en la necesidad de contar con un Código europeo de obligaciones.¹⁷⁷⁰ Con posterioridad, en 1976, se celebró en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, un congreso cuyo tema principal eran las “Nuevas perspectivas de un Derecho común en Europa”.¹⁷⁷¹ En este simposio,¹⁷⁷² el profesor LANDO manifestó su idea para crear un Código de comercio uniforme en Europa,¹⁷⁷³ inspirado, seguramente en el *Uniform Commercial Code*¹⁷⁷⁴ estadounidense.¹⁷⁷⁵

Europeo de Contratos [...]”. VATTIER FUENZALIDA, C.: “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. IV, octubre–diciembre 2008, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pág. 1843.

¹⁷⁶⁹ En este sentido, HARTKAMP señala que: “[...] *In the long run, this will not fail to add weight to the voices of those who advocate the preparation of a European Civil Code or at any rate, a European Code of Contract Law*”. HARTKAMP, “Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, Op. Cit., pág. 84. Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 152.

¹⁷⁷⁰ Actualmente también se discute la conveniencia de contar con un Código europeo administrativo, al respecto, *vid.*: MIR PUIGPELAT, O.: “Razones para una codificación general del procedimiento de la Administración de la Unión”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Enrique Linque Paniagua (Direct.), nº 19, 2º semestre 2010, Madrid, 2011, págs. 145–176.

¹⁷⁷¹ Ese mismo año, LANDO propuso un “*Uniform Commercial Code European*”. Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 114.

¹⁷⁷² Celebrado en la *Copenhagen Business School*. Cfr.: REDONDO TRIGO, F.: “De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIII, Fasc. IV, octubre–diciembre 2010, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pág. 1655.

¹⁷⁷³ En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA señala que: “Lo que además subyace en la visión de Lando –probablemente como fruto de su propia experiencia profesional y vital– es que una «europeización» del Derecho contractual sería de alguna manera el corolario de ese núcleo común (*common core*) de los sistemas europeos– al menos de «ideología y resultados»; además, una «común visión entre los jueces» y lo que describe como una «común ideología entre los académicos», le permite presagiar incluso una aplicación uniforme de ese Derecho contractual europeo ya unificado”. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 152.

¹⁷⁷⁴ Aun cuando este proyecto fracasó en USA. Cfr.: GALGANO, “El contrato en las relaciones transnacionales”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 25. Al respecto, *vid.*: VÁZQUEZ LEPINETTE, *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional. La obligación de conservación en la Convención de*

Los trabajos comenzaron en Bruselas, en 1980,¹⁷⁷⁶ con la colaboración de HAUSCHILD y EHLERMANN, este último era el Director General del Servicio Jurídico de la Comisión.¹⁷⁷⁷ El resultado preliminar de estos trabajos fue la creación de una Comisión para el Derecho Europeo de Contratos,¹⁷⁷⁸ con un carácter marcadamente académico¹⁷⁷⁹ y sin consagración oficial.¹⁷⁸⁰ En realidad, fueron tres las comisiones formadas.¹⁷⁸¹ La primera sesionó entre 1980 y 1991 y la segunda entre 1992 y 1996.¹⁷⁸²

Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Un estudio transversal de la Convención de Viena), Op. Cit., págs. 76 y ss.

¹⁷⁷⁵ Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN; ROCA y MORALES, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Op. Cit., pág. 75.

¹⁷⁷⁶ Cfr.: THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW: vol. II, Published under the auspices of the Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Edited by Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann with Andreas Stier, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 1326.

¹⁷⁷⁷ En este sentido, expresa GARCÍA RUBIO lo siguiente: “La oportunidad o conveniencia de esta unificación –con mayor o menor alcance– comenzó siendo planteada por algunos estudiosos del Derecho privado en Europa, hasta el punto de que ya en 1980 un grupo de juristas independientes constituyó la Comisión sobre el Derecho europeo de contratos. Los esfuerzos realizados por la Comisión a lo largo de estos años han sido dirigidos a la preparación y elaboración de aquellos que pueden ser los Principios generales del Derecho de contratos en los países comunitarios, principios generales que se destinan a ser aplicados en tanto que reglas generales de los contratos en la Unión Europea asumidas expresa o implícitamente por las partes y, además, según ponen de relieve sus mentores, estarían destinados a cumplir un destacado papel en la elaboración de un futuro Código contractual europeo”. GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Hacia un Derecho europeo de contratos”, *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Elena F. Pérez Carillo (Coord.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2005, págs. 92–93.

¹⁷⁷⁸ En este sentido, en 1989 la RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO de 26 de mayo, alentaba a dar “[...] comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado”. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 121.

¹⁷⁷⁹ En este sentido, SCHULZE señala que: “[...] el trabajo del Grupo, que era puramente intelectual, no corría parejo al verdadero desarrollo del Derecho europeo”. SCHULZE, R.: “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pág. 52. Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 151.

¹⁷⁸⁰ Cfr.: THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW: vol. II, Op. Cit., págs. 1326–1327.

¹⁷⁸¹ En este sentido, el italiano GRASO señala que: “*I lavori della Commissione Lando incominciarono nel 1982. Se usualmente si fa riferimento alla Commissione Lando come l'organismo che ha redatto i Principi, è opportuno precisare che nel corso dell'attività di elaborazione del testo si sono in realtà succedute tre Commissioni, il cui nucleo fondamentale, peraltro, è stato formato dalle medesime persone*”. GRASO, G.: *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Jovene editore, Napoli, 2005,

La Tercera Comisión,¹⁷⁸³ bajo la dirección del profesor de la Universidad de Osnbrück, Christian VON BÄR y compuesta por Joachim BONEL, Michael BRIDGE, Carlo CASTRONOVO, Eric CLIVE, Ulrich DROBNING, Carlos FERREIRA DE ALMEIDA, Sir Roy GOODE, Arthur HARTKAMP, Ewoud HONDIUS, Konstantinos KERAMEUS, Kai KRÜGER (*osservatore*), Ole LANDO, Bryan MCHAHON, Fernando MARTÍNEZ SANZ, Willibald POSCH, André PRÜM, Jan RAMBERG, Matthias E. STONE, Denis TALLON, Hector MACQUEEN, Franz WERRO (*osservatore*), Thomas WILHELMSSON, Claude WITZ e Reinhard ZIMMERMANN,¹⁷⁸⁴ publicó en 2002 la Parte III de los *PECL*.¹⁷⁸⁵

Los *PECL* están divididos en tres partes. El vol. 1, publicado en 2005 contiene las primeras dos partes, se refieren a la formación de los contratos, la representación, validez, interpretación, cumplimiento e incumplimiento, remedios frente al

pág. 66.

¹⁷⁸² En este sentido, COCA PAYERAS señala que: “La Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, se constituyó en el año 1980 por el Profesor Ole Lando de la *Copenhagen Business School*, quien con el patrocinio de la Comisión de la Comunidad Europea, reunió a trece profesores y juristas de distintos países europeos (2 italianos: Bianca y Bonell –coordinador de *UNIDROIT*–; 1 alemán Ulrich Drobning; 1 luxemburgués, André Elvinger; 1 inglés, Roy M. Goode; 1 irlandés, Bryan MacMahon; 1 Belga, Guy Hormans; 2 franceses Denis Tallon –Director Institut Droit Comparé– y Roger Houin; 2 holandeses Frans J. A. Van der Velden y J A. Wade; 1 griego Dimitri Evigenis; 1 escocés William A. Wilson)”. COCA PAYERAS, “El Derecho contractual europeo y la armonización del Derecho civil en la Unión”, Op. Cit., pág. 35. Cfr.: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN; ROCA y MORALES, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Op. Cit., págs. 75–76.

¹⁷⁸³ En las diversas comisiones se enfrenta la visión liberal y social. Cfr.: LANDO, O.: “Liberal, social and «ethical» justice in european contract law”, *Common Market Law Review*, Alan Daswood, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Jean-Paul Jacqué, Pieter Jan Kuijper, Wulf-Henning Roth, Piet Jan Slot y Jan A. Winter (Edits.), vol. 43, n° 3, junio 2006, Europa Rapid Press Release, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, págs. 817–833. En este mismo sentido, SÁNCHEZ LORENZO señala que: “No debe olvidarse que el modelo social de contrato que hemos adelantado ha penetrado desde los sistemas romano-germánicos en modelos tan aparentemente lejanos como el estadounidense”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 105.

¹⁷⁸⁴ Cfr.: GRASO, *La disciplina dell’invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Op. Cit., pág. 67.

¹⁷⁸⁵ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 153.

incumplimiento contractual, etc. El vol. 2 se publicó en 2005 y está contenido por la Tercera Parte de los *PECL*, refiriéndose a la cesión de crédito, sustitución del deudor, compensación, prescripción, etc.¹⁷⁸⁶ La Primera Parte de los *PECL* constan de resumen introductorio con los objetivos y 59 artículos, en los que se establecen “principios” sobre la materia.¹⁷⁸⁷ Los *PECL* se sustentan sobre la base del Derecho interno de cada Estado miembro,¹⁷⁸⁸ aún cuando algunos sistemas jurídicos se encuentran representados en ellos con un mayor grado de influencia.¹⁷⁸⁹ La Comisión también se sirvió del *Uniform Commercial Code* de USA¹⁷⁹⁰ y los *Restatements*¹⁷⁹¹ de contratos¹⁷⁹² y de

¹⁷⁸⁶ Cfr.: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 63.

¹⁷⁸⁷ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 114.

¹⁷⁸⁸ En este sentido, SCHULZE señala que: “De ahí que el Grupo Lando recurriera a los ordenamientos jurídicos nacionales para desarrollar principios del Derecho contractual europeo”. SCHULZE, “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 52.

¹⁷⁸⁹ En este sentido, GARCÍA RUBIO señala que: “Una primera versión de estos Principios fue objeto de publicación en inglés en 1995, si bien los trabajos siguieron su curso habiéndose ya ampliado notablemente, recogiendo prescripciones sobre la formación del contrato, la representación, la validez del contrato, la interpretación, el contenido o los efectos; un segundo volumen de los Principios, con las Partes I y II fue publicado en inglés en 1999. Recientemente se ha publicado la Parte III de los Principios, que completa los anteriores con capítulos referidos a la pluralidad de partes, la cesión de créditos, la cesión de la posición contractual deudora, la compensación, la prescripción, la ilicitud contractual, las condiciones y la capitalización de intereses”. GARCÍA RUBIO, “Hacia un Derecho europeo de contratos”, *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Op. Cit., págs. 83–103.

¹⁷⁹⁰ Al respecto, el CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS señala que: “El Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commercial Code*, o, en abreviatura, UCC) es, sin ninguna duda, la obra legislativa estadounidense más importante del siglo XX”. CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS, texto oficial, versión autorizada por *The American Law Institute*, Estudio preliminar y traducc. a cargo de José M^a. Garrido, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2002, pág. 35. Este mismo CÓDIGO define a la resolución, en su § 2–106, n^o (4) como: “La «resolución» se produce cuando cualquiera de las partes pone fin al contrato por un incumplimiento de la otra parte, y su efecto es el mismo que el de la rescisión, con la diferencia de que la parte que resuelve conserva las acciones judiciales y medidas extrajudiciales por el incumplimiento total del contrato o por cualquier parte no ejecutada del mismo”. *Ibidem*, pág. 96.

¹⁷⁹¹ En este sentido, VALIÑO DEL RÍO señala que: “[...] los «*Restatements of law*» que, desde los años treinta, se hacen en Estados Unidos por el «*American Law Institute*», cuyo objetivo es únicamente exponer de forma sistemática el estado del derecho norteamericano en materias (como los «*contracts*», los «*torts*», etc.”. VALIÑO DEL RÍO, “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y

restitución o de indemnización por daños y perjuicios.¹⁷⁹³ Asimismo, es indudable que le sirvieron de fuente la CV y los Principios *UNIDROIT*.¹⁷⁹⁴ Los *PECL* constituyen uno de los mejores esfuerzos en el proceso de armonización¹⁷⁹⁵ y uniformización¹⁷⁹⁶ del Derecho europeo de obligaciones y contratos.¹⁷⁹⁷ Respecto de esto último, recordemos las palabras de GRASO, quien expresa: “*Ciononostante i Principi esprimono un diritto dei contratti che può essere definito «classico», in quanto conforme alle tradizioni europee*”.¹⁷⁹⁸

su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 406. Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 158.

¹⁷⁹² Cfr.: GRASO, *La disciplina dell’invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Op. Cit., pág. 69; ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 115.

¹⁷⁹³ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 33.

¹⁷⁹⁴ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 158.

¹⁷⁹⁵ En este sentido, LANDO señala que: “*The PECL, which are meant for the countries of the European Union, share the same purposes as the PICC, but they are also intended eventually to become a European Contract Code or part of a European Civil Code, which will bind courts in the EU*”. LANDO, “Principles of European Contract Law and *UNIDROIT* Principles: Moving from Harmonisation to Unification?”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, Op. Cit., pág. 123.

¹⁷⁹⁶ En este sentido, BONELL señala que: “*The credit for first proposing to abandon the fragmentary approach traditionally favored by the Community legislatura, and to replace (or at least to integrate) it with a much more far reaching Project, such –as the harmonization or unification of European contract law in general– essentially goes to one individual: Ole Lando*”. BONELL, “*CISG, European Contract Law*”, *The American Journal of comparative law*, vol. 56, nº 1, Op. Cit., pág. 9. Con relación a la uniformidad del Derecho, vid. también: SACCO, R.: “Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. II, abril–junio 2010, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 445–461.

¹⁷⁹⁷ Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Op. Cit., pág. 680.

¹⁷⁹⁸ Cfr.: GRASO, *La disciplina dell’invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Op. Cit., pág. 70; En este sentido, conviene tener presente las palabras de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ: “El Derecho material uniforme esconde «pretensiones de verdad totalizadora»”. CALVO CARAVACA, A.–L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los contratos internacionales y el mito de la «nueva *lex mercatoria*»”, *Estudios sobre contratación internacional*, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (Directs.), Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2006, pág. 61.

3.2.2.– DE LAS FINALIDADES DE LOS *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*.

El principal propósito de la dictación de los *PECL*,¹⁷⁹⁹ presente desde la reunión de 1974, es contar con una superestructura jurídica en materia contractual,¹⁸⁰⁰ a partir de la cual se pueda unificar la regulación específica,¹⁸⁰¹ sobre la base de la autonomía privada,¹⁸⁰² y, tratando de mediar entre el *common law* y el *civil law*,¹⁸⁰³ estableciendo

¹⁷⁹⁹ Se han señalado como finalidades de los *PECL* las siguientes: (a) El fomento del comercio transfronterizo dentro de Europa; (b) El fortalecimiento del mercado común europeo; (c) La creación de una infraestructura para leyes comunitarias que rijan en sede de contratos; (d) La previsión de unas guías para tribunales nacionales y legislación; y (e) La construcción de un puente entre el “*civil law*” y el “*common law*”. Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 27–30.

¹⁸⁰⁰ Al respecto, *vid.*: ZIMMERMANN, R.: “The Present State of European Private Law”, *The American Journal of comparative law*, vol. 57, nº 2, Mathias W. Reimann (Edit.), The American Society of Comparative Law, Inc., Oxford, 2009, págs. 482 y ss.

¹⁸⁰¹ En el proceso unificador del Derecho europeo, según COCA PAYERAS existen cuatro alternativas: (a) La inactuación; (b) fomentar la definición de los *PECL*, para forzar la convergencia de las leyes nacionales; (c) mejora de la calidad de la legislación en vigor y (d) la adopción de una nueva legislación exhaustiva a nivel comunitario”. COCA PAYERAS, “El Derecho contractual europeo y la armonización del Derecho civil en la Unión”, Op. Cit., págs. 37–41.

¹⁸⁰² En este sentido, ESPINA se refiere al amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad como pilar del Derecho contractual europeo. Cfr.: ESPINA, D.: “El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 116 y ss. Al respecto, *vid.* también: CHAMORRO, M. y MARCOS, F.: “Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de Derecho privado”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 435–450; ESPINA, “El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual. Principios *UNIDROIT* y Principios de Derecho Contractual Europeo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Op. Cit., págs. 2446 y ss.; RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, *Estudios sobre contratación internacional*, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (Directs.), Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2006, págs. 515–517.

¹⁸⁰³ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 115.

el Derecho aplicable¹⁸⁰⁴ a cada contrato en particular,¹⁸⁰⁵ con un carácter facultativo.¹⁸⁰⁶ En este sentido, el artículo 1.101 (1) de los *Principles of european contract law*, dispone que: “Los presentes Principios tienen por objeto ser aplicados con carácter general como Derecho de contratos en la Unión Europea”.¹⁸⁰⁷ Con todo, la doctrina, para tratar de explicar la verdadera esencia de los *PECL*, ha recurrido a la distinción formulada por DWORKIN entre *principles* y *rules*, señalando que los *PECL* se ubican dentro de estas últimas, siendo normas análogas a las que aparecen en un texto normativo cualquiera,¹⁸⁰⁸ construyendo junto con la CV y los Principios *UNIDROIT*, una verdadera “*troika*”,¹⁸⁰⁹ según el sentir de la doctrina.¹⁸¹⁰ La finalidad de todos estos

¹⁸⁰⁴ En este sentido, VALPUESTA GASTAMINZA señala que: “En su propia formulación se advierte que no se circunscriben al ámbito comercial ni, tampoco, a los contratos internacionales, sino que parten de un afán omnicompreensivo de todo el Derecho contractual privado”. VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 17. El ámbito de regulación del futuro «derecho contractual europeo». De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 407.

¹⁸⁰⁵ En este sentido, ZOLL señala que: “*The tradition of the PECL and the tradition of the DCFR can be easily recognized. The synergy of the different European traditions can be seen very clearly in the concept of the whole draft and in the formulation of the particular provisions. There-fore the reader of the Optional Instrument would find him- or herself in a familiar environment. The familiar feeling of the readers does not remain, however, undisturbed. Where the provisions concerning the contract of sale are starting, the reader starts to wonder and the, until this point, coherent structure loses its consequence*”. ZOLL, F.: “The influence of the Chosen Structure of the Draft Structure of the Draft for the Optional Instrumento on the Functioning of the System of Remedies”, *Towards a European Contract Law*, Part. VI, Performance and Remedies, Reiner Schulze y Jules Stuyck (Edits.), Sellier. European law publishers, Munich, 2011, págs. 15–152.

¹⁸⁰⁶ Cfr.: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 219.

¹⁸⁰⁷ Cfr.: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN; ROCA y MORALES, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Op. Cit., págs. 21 y 76. Con relación a las bondades y defectos de los *PECL*, vid.: ZACCARIA, A.: “Aciertos y desaciertos en la construcción de un Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 27–33.

¹⁸⁰⁸ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 154.

¹⁸⁰⁹ En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA señala que: “[...] el valor de los *PECL* [...], entendido como una suerte de *restatement* europeo con la adecuada proyección de futuro, se ofrece sin duda como un instrumento de trabajo y argumentación que ha demostrado en los relativamente pocos años transcurridos su fuerza como acicate para la reflexión y motor necesario del estímulo para la renovación del Derecho [...]”. *Ibidem*, pág. 178.

textos,¹⁸¹¹ por tanto, es presentar un conjunto de reglas jurídicas que se tengan como “modelo”¹⁸¹² en la reglamentación de relaciones contractuales,¹⁸¹³ pues, tanto los Principios *UNIDROIT*, como los Principios *LANDO*, sólo tienen aplicación directa en el caso de que los contratantes así lo hayan acordado.¹⁸¹⁴ [Preámbulo (II) *UNIDROIT*¹⁸¹⁵ y artículo 1:101 (2) de los *PECL*¹⁸¹⁶].¹⁸¹⁷ Dicho de otra manera, el fin de los *PECL* es

¹⁸¹⁰ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 159.

¹⁸¹¹ En el caso particular de los PRINCIPIOS *UNIDROIT* es elaborar un texto que contenga principios de contratos mercantiles internacionales, para así lograr la unificación universal del Derecho en esta materia. Cfr.: VALIÑO DEL RÍO, “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 410.

¹⁸¹² En este sentido, se ha dicho que: “[...] Por ello, más modestamente se limitan a servir, de una parte, como modelo para los contratantes (o sus asesores), a la hora de afrontar la redacción de un contrato internacional [...]. De otro lado, los Principios sí podrían entrar en juego en la resolución de conflictos suscitados en la ejecución de contratos internacionales cuando se haya incluido en los respectivos contratos una cláusula de sumisión a arbitraje de equidad, y deba el árbitro o árbitros resolver sobre la base de los «principios generalmente aceptados en el comercio internacional», la «nueva *lex mercatoria*» u otras expresiones por el estilo”. Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 5.

¹⁸¹³ En este sentido, la doctrina ha señalado lo siguiente: “En realidad, no puede pretenderse que la función básica de estos principios sea la de suministrar una regla o «ley» inmediatamente aplicable a los contratos, como si de una ley nacional se tratase. De hecho, los Principios acogen, en este sentido, una visión modernamente realista: reconocen las dificultades existentes, para alcanzar esta finalidad. Por ello, más modestamente, se limitan a servir, de una parte, como modelo para los contratantes (o sus asesores), a la hora de afrontar la redacción de un contrato internacional, redactándolos de acuerdo con lo dispuesto en tales Principios”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 5.

¹⁸¹⁴ En este sentido, y en cuanto a la interacción entre la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 y los *PECL*, GRASO expresa lo siguiente: “*La legge applicabile ad un contratto concluso sul territorio europeo, che presenti elementi comuni a più ordinamenti giuridici, è definita sulla base della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alla obbligazioni contrattuali*”. GRASO, *La disciplina dell’invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Op. Cit., pág. 71.

¹⁸¹⁵ El Párrafo II del Preámbulo de los PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, dispone que: “Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos”. PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org/>>, Op. Cit., pág. 1.

¹⁸¹⁶ El artículo 1:101: (“Aplicación de los principios”), de los *PECL*, dispone que “[...] (2) Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos”. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas

lograr la armonización del Derecho europeo de contratos.¹⁸¹⁸ Con todo es interesante constatar que estos principios, mediante la práctica arbitral y jurisdiccional, se han empleado como normas jurídicas, aun cuando los contratantes no hubieran incluido ni expresa ni implícitamente su aplicación en el contrato.¹⁸¹⁹ En este sentido, se pueden presentar como ejemplos de lo anterior las STS de 23 de julio de 2007, (RJ/2007/4702), 16 de mayo de 2007, (RJ/2007/4616) y 4 de julio de 2006, (RJ/2006/6080).¹⁸²⁰ Es interesante citar los Párrafos V y VI del Prámbulo de los Principios *UNIDROIT*, los que le otorgan a dichos Principios un rol interpretador e integrador del negocio jurídico. El Párrafo V dispone que: “Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme”. Por su parte, el Párrafo VI señala que: “Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional”. Asimismo, el artículo 1:101 (4) de los *PECL*, dispone que: “Los presentes principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable”.¹⁸²¹ A continuación, es

por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 1. Cfr.: VERDERA IZQUIERDO, B.: “La interpretación de los contratos a partir de los Principios Contractuales Europeos”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 245–260.

¹⁸¹⁷ Cfr.: ESPINA, “El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 107.

¹⁸¹⁸ Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 165.

¹⁸¹⁹ En este sentido, PERALES VISCASILLAS expresa que: “Un repaso a la base de jurisprudencia UNILEX, evidencia que España se sitúa como el país en el que más se han utilizado los Principios *UNIDROIT*”. PERALES VISCASILLAS, “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 203.

¹⁸²⁰ Cfr.: *Ibidem*, págs. 203–207.

¹⁸²¹ Cfr.: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org/>>, Op. Cit., pág. 1; PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, págs. 1 y ss. En este sentido, ESPINA señala que: “En este caso, se plantea la significación de sus reglas como formulación racional y especialmente cuidada de modelos objetivos de conducta, que pueden generalizarse como exigencias de corrección y rectitud en el tráfico, a los efectos de dilucidar en cada ocasión –como no deja de prever el ordenamiento español– el contenido específico de aquella buena fe con que se ejecutarán y cumplirán los contratos de comercio; al

interesante anotar que el principio de la buena fe¹⁸²² se erige como el más relevante en materia contractual, así lo dispone el art. 1:102 (1) que dispone: “Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios”.¹⁸²³

He hecho alusión varias veces a la tensión existente entre el “*civil law*” y el “*common law*”, que se manifiesta en el principio de la buena fe, ya que en el primer sistema, la buena fe constituye un principio básico que se irradia sobre todos los aspectos y fases del contrato; en cambio, en el *common law*, la buena fe ni siquiera existe como tal.¹⁸²⁴ Opinión contraria tiene DE LOS MOZOS, ya que, según él, la dictación de los *PECL* se encuentra inspirada claramente por el sistema del *common law*, lo que no sólo desconoce la tradición del derecho romano-germánico,¹⁸²⁵ sino que,

modo en que los contratos en general, desde que se perfeccionan, obligan también al cumplimiento de todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, además de lo expresamente pactado (*cfr.* Arts. 57, *pr.*, Código de Comercio, y 1258, *in fine*, Código Civil)”. ESPINA, “El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., págs. 110–111.

¹⁸²² Resulta muy interesante esta disposición, la que se analizará más adelante, a propósito del rol de la autonomía de la voluntad y sus posibles limitaciones.

¹⁸²³ PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 2. *Cfr.*: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 162.

¹⁸²⁴ *Cfr.*: REDONDO TRIGO, “De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIII, Fasc. IV, octubre–diciembre 2010, Op. Cit., págs. 1657–1658.

¹⁸²⁵ Con relación a los modelos de europeización del Derecho, *vid.*: AGUDO GONZÁLEZ, J.: “Sobre la europeización del Derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Ricardo Alonso García; Javier Díez–Hochleitner y Pablo Pérez Tremps (Directs.), nº 45, Enero–Marzo 2013, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2013, págs. 61–111; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “La europeización del Derecho Privado y el Derecho de OPAS español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Ricardo Alonso García; Javier Díez–Hochleitner y Pablo Pérez Tremps (Directs.), nº 11, Julio–Septiembre 2004, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2004, págs. 343–391; MARISCAL, N.: “Repensando la europeización”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 49/2013, Beatriz Pérez de las Heras (Direct.), Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, 2013, págs. 28 y ss.; REDONDO TRIGO, “De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIII, Fasc. IV, octubre–diciembre 2010, Op. Cit., págs. 1643–1682.

además, inclina la balanza a favor del Derecho anglosajón,¹⁸²⁶ asemejándose a los *Restatements* del Derecho de USA,¹⁸²⁷ aunque, entre éstos y aquellos existe una notable diferencia: los *Restatements* están integrados por el Derecho vigente, compilado de manera precisa y clara, ilustrados por ejemplos y al que se le agregan breves comentarios; en cambio, los *PECL* tienen por finalidad lograr la unificación jurídica de Europa, sirviendo de modelo para una reforma jurídica en los distintos países que integran la Unión,¹⁸²⁸ sobre la base del principio de autonomía privada.¹⁸²⁹ Aun cuando lo anterior es relativo, pues, los distintos derechos de Norteamérica se encuentran menos uniformizados de lo que se cree. Por ello, los *Restatements* cumplen igualmente la función de tratar de armonizar los distintos derechos existentes en USA.¹⁸³⁰

Antes de analizar los *PECL* en lo que se refiere al derecho de opción, hay que señalar que la estructura de los *PECL* (Partes I y II) es la siguiente: constan de 131 artículos divididos en nueve capítulos, que tratan de: (1) Disposiciones generales; (2)

¹⁸²⁶ En este sentido, DE LOS MOZOS señala que: “[...] su propósito [el del grupo de trabajo de Ole LANDO y Hugh BEALE], u objetivo primordial, es, y ha sido siempre, formular un *Restatement* del Derecho contractual europeo, a imitación de los americanos, por eso se habla de principios y, fundamentalmente y sobre todo, de principios”. DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 178.

¹⁸²⁷ Cfr.: GÓMEZ GÁLICO, J.: “Capítulo 25. La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 528.

¹⁸²⁸ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO expresa lo siguiente: “[...] mientras los principios *UNIDROIT* se aplican exclusivamente a los contratos internacionales, los europeos tienen por objetivo adicional la unificación del Derecho contractual europeo en el plano interno”. SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Capítulo XVIII. La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, pág. 378.

¹⁸²⁹ En este sentido, SAN MIGUEL PRADERA señala que: “De ella [de la regulación de los *PECL*] destacamos que está dirigida a que sean las partes quienes adapten el contrato a las nuevas circunstancias de la forma más conveniente para ellas, recurriéndose al órgano judicial sólo en caso de falta de acuerdo”. SAN MIGUEL PRADERA, L.-P.: “La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 384.

¹⁸³⁰ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 116.

formación; (3) poder de representación; (4) validez; (5) interpretación; (6) contenido y efectos; (7) pago o cumplimiento; (8) incumplimiento y medios de tutela en general; y (9) remedios específicos en caso de incumplimiento,¹⁸³¹ capítulos que a su vez están divididos en secciones. Los artículos se enumeran con cuatro dígitos, con el fin de facilitar la inclusión de nuevos artículos en caso de reforma de los *PECL*. Cada artículo se encuentra acompañado de una debida interpretación (es una verdadera interpretación auténtica).¹⁸³² Además, los capítulos están ordenados conforme a la secuencia del *iter* contractual, y se exponen de forma sencilla, con un lenguaje adecuado para ser entendido por cualquiera persona.¹⁸³³

3.2.3.– REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO DE OPCIÓN EN LOS *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*.¹⁸³⁴

En general, la doctrina plantea que no resulta extraño que la Comisión no haya recepcionado el sistema alemán en materia de incumplimiento contractual, que presenta como gran desventaja el ser un sistema elaborado sobre la base del concepto de “imposibilidad”, a partir del cual se enuncian y desarrollan una serie de supuestos. Este sistema es de raigambre romana, y en el s. XIX había sido elaborado por MOMMSEN, a partir de la *stipulatio* romana (“*obligationes stricti iuris*”). Por el contrario, el Derecho

¹⁸³¹ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 34.

¹⁸³² Cfr.: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 155.

¹⁸³³ Cfr.: *Ibidem*, págs. 155–156.

¹⁸³⁴ Al respecto, vid.: MÖSLEIN, F.: “Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference”, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Hans-W. Micklitz y Fabrizio Cafaggi (Edits), Published by Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2010, págs. 173 y ss.; PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW. DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (*DCFR*): Full Edition, vol. 1, Christian Von Bar y Eric Clive (Edits.), Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, págs. 669 y ss.

moderno se remonta a los contratos consensuales, como la compraventa, que se estructuraron sobre la base del principio de la buena fe. La cuestión más importante era establecer bajo que criterios la indemnización de daños y perjuicios podía ser atribuida al contratante incumplidor, cuestión que el *Code* francés basa en un concepto unitario de inexecución. En cambio, tanto en el *common law* como en los sistemas jurídicos escandinavos, existe una proposición que abarca todas las formas de incumplimiento (“*non-performance*”).

A partir de RABEL, que incorporó esta noción al Derecho de la compraventa de La Haya de 1964 y luego a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, y, seguramente, el legislador de los Países Bajos, los Principios *UNIDROIT* y los *PECL*. Este concepto básico se denomina “*tekortkoming*” en el Derecho holandés; “*Pflichtverletzung*” en el Proyecto de la Comisión de Reforma del Derecho de Obligaciones en Alemania y “*non-performance*” en los Principios *UNIDROIT* y en los *PECL*.¹⁸³⁵

Este concepto,¹⁸³⁶ según ZIMMERMANN: “[E]ngloba supuestos de (en la terminología alemana) imposibilidad, mora, lesión del derecho de crédito y la garantía por defectos en la cosa entregada”.¹⁸³⁷ La pregunta que surge a continuación es: ¿cuál es el criterio a partir del cual se califica el incumplimiento contractual? Bajo la opinión clásica,¹⁸³⁸ se dice que es la culpa o negligencia del deudor la que determina, así, la

¹⁸³⁵ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., págs. 122–123.

¹⁸³⁶ En este sentido, los PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES, en su art. 7.1.1. (“Definición del incumplimiento”) señalan que: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”. Cfr.: PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org/>>, Op. Cit., pág. 21.

¹⁸³⁷ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 125.

¹⁸³⁸ El § 276 del *BGB* dispone que: “(1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung. (2) Fahrlässig

indemnización de daños y perjuicios no opera cuando el daño se deriva de una situación ajena a la voluntad del deudor o que éste no pudo razonablemente prever al tiempo de celebrar el contrato.¹⁸³⁹

En los *PECL*, como se verá, el contratante cumplidor dispone de cinco remedios: (1) el cumplimiento forzoso; (2) la resolución del contrato; (3) la suspensión de cumplimiento de su prestación; (4) la indemnización de daños y perjuicios y (5) la reducción del precio. En cambio, si el incumplimiento se encuentra justificado, declinan la indemnización de perjuicios y el cumplimiento.¹⁸⁴⁰ Se debe señalar que el acreedor puede optar por cualquiera de estos cinco remedios, así lo establece el artículo 4:119: (“Acciones para casos de incumplimiento”): “La parte que tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones de este capítulo en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos medios”.¹⁸⁴¹

handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. (3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden”. Por su parte, el § 278 del *BGB* señala que “*Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung*”. BRUDERMÜLLER; DIEDERICHSEN; EDENHOFER; HEINRICHS; HELDRICH; PUTZO; SPRAU; THOMAS y WEIDENKAFF, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Op. Cit., págs. 340 y 348, respectivamente.

¹⁸³⁹ Este es el sistema consagrado en el *CODE* francés, en los artículos 1147 y 1148. El primer artículo dispone que: “*Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part*”. Por su parte el art. 1148 señala lo siguiente: “*Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*”. Cfr.: *CODE CIVIL*, 112^e édition, Edition 2012, Éditions Dalloz, Paris, 2013, págs. 1354 y 1393, respectivamente. Y también aparece en el art. 79.1 de la *CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980*, que dispone: “Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”. *COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., pág. 25.

¹⁸⁴⁰ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 125.

¹⁸⁴¹ *PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS*, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la

3.2.3.1.– DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO.

En general, la doctrina ha señalado que los *PECL*, siguiendo la tradición del Derecho continental, otorgan una pretensión de cumplimiento (“*specific performance*”)¹⁸⁴² al contratante cumplidor, tanto en las obligaciones dinerarias como en otra clase de obligaciones.¹⁸⁴³ La tendencia en esta materia, es utilizar el *specific performance* de forma excepcional, reemplazándolo por la indemnización de daños y perjuicios como regla general.¹⁸⁴⁴ El *common law* sigue esta directriz,¹⁸⁴⁵ pues, se ha desarrollado a partir de la “*action of assumpsit*”.¹⁸⁴⁶

Respecto de las obligaciones dinerarias, el artículo 9:101: (“Obligaciones pecuniarias”),¹⁸⁴⁷ dispone que: “(1) El acreedor tiene derecho a percibir el dinero que se

Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 20.

¹⁸⁴² En este sentido, MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA señalan que: “La *CISG*, los *PECL* y los Principios *UNIDROIT* parten de la distinción entre incumplimiento esencial y no esencial del contrato, inspirado a su vez en la distinción entre «*fundamental breach*» y «*non-fundamental breach*» del derecho anglosajón”. MARSAL GUILLAMET, J. y LAUROBA LACASA, E.: “Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 459–469.

¹⁸⁴³ En este sentido, WHITTAKER señala que: “[...] *By contrast, the remedy of specific performance has a series of very different attributes [respecto de la «termination»]. White it is up to an injured party to elect to apply for it, it is by its nature a judicial remedy, and the court has a general and «equitable» discretion as to whether or not it should be awarded (though this discretion is to an extent structured by the existence of principles)*”. WHITTAKER, “The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures”, *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Op. Cit., pág. 47.

¹⁸⁴⁴ En este sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ señala que es una tendencia general en el Derecho internacional reemplazar el cumplimiento específico por la indemnización de daños y perjuicios como regla general. Cfr.: JIMÉNEZ MUÑOZ, “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 420–421.

¹⁸⁴⁵ Solución adoptada por los sistemas jurídicos sudafricano y escocés (“*specific implement*”), entre otros. Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 127.

¹⁸⁴⁶ Cfr.: *Ibidem*, pág. 126.

¹⁸⁴⁷ En este sentido, RAMOS señala que: “Los Principios *UNIDROIT* logran una solución de compromiso más armónica, que garantiza el cumplimiento específico con carácter general, pero establece excepciones

le debe. (2) Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le deba según el contrato salvo que: (a) Hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivo esfuerzo o coste. (b) O no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias”.¹⁸⁴⁸ El fundamento de esta norma parece ser, cuestión que resulta casi obvia, el *pacta sunt servanda*, en cuya virtud el contratante cumplidor tiene la facultad para exigir la realización de la prestación por el deudor.¹⁸⁴⁹ Esta facultad aparece también en el Marco Común de Referencia (cuyo acrónimo es MCR en castellano, o *CFR*, según la versión inglesa –*Commun Frame of Reference*–),¹⁸⁵⁰ en sus arts. III.–3:301 como regla general y IV B.–6:103 en relación con el contrato de arrendamiento.¹⁸⁵¹ De la lectura de esta norma se puede colegir claramente que el cumplimiento está excluido en dos hipótesis: (i) El cumplimiento irrazonable: En este caso, según la doctrina se trata del caso en que la ejecución de la prestación resulta irrazonable, al respecto, la Comisión nos da un ejemplo: cuando el deudor, antes de que se inicie el cumplimiento, manifiesta su intención de no interesarle la ejecución de la prestación. Así, puede ocurrir tal situación

[...]”. RAMOS, D.: “Derecho uniforme, interpretación uniforme y sus retos evolutivos. De la diversidad en las jurisdicciones a la diversidad en las transacciones y contextos comerciales”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 286, octubre–diciembre 2012, Cizur Menor, Navarra, 2012, pág. 111.

¹⁸⁴⁸ *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 30.

¹⁸⁴⁹ *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 576.

¹⁸⁵⁰ En este sentido, *vid.*: ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Textos básicos de Derecho privado europeo. *Acquis communautaire* y Derecho civil futuro”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 639–663; SCHULZE, R.: “El Derecho contractual europeo y sus textos básicos”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 629–637.

¹⁸⁵¹ *Cfr.*: JIMÉNEZ MUÑOZ, “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 421.

en los contratos de construcción o en los de larga duración.¹⁸⁵² Esta norma tiene su antecedente en el Derecho consuetudinario inglés y en la tradición irlandesa y escocesa. El problema se presentaba cuando un contratante en forma anticipada, le había manifestado a su contraparte que ya no le era necesaria la prestación, y no obstante este aviso el otro contratante había continuado con la ejecución de la misma (casos *White v. Carter (Councils) Ltd. McGregor* de 1962; *Attica Sea Carriers Corp. v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH* de 1976 y *Salaried Staff London Loan Co. Ltd. v. Swears & Wells Ltd.* de 1985). En el primer caso, la Corte, razonó que el contratante culpable tiene la carga de acreditar que el inocente no presenta un legítimo interés en la ejecución de la prestación.¹⁸⁵³ Se agrega que esta excepción es extraña al Derecho continental europeo, la única situación semejante se presenta en el Derecho belga, pues, el art. 1794 del Código civil belga exige al acreedor, en ciertos casos, resolver el contrato,¹⁸⁵⁴ v. gr., en el contrato de construcción.¹⁸⁵⁵ (ii) En el caso de los negocios sustitutivos.¹⁸⁵⁶ Tal situación acontece cuando el acreedor puede efectuar un negocio sustitutivo, en ese evento, tiene que resolver el contrato (no pudiendo exigir la contraprestación del deudor), y proceder a efectuar un negocio sustitutivo de conformidad con el art. 9:506, o bien, reclamar una indemnización por daños y perjuicios (art. 9:507 *PECL*).¹⁸⁵⁷ Es curioso que, por una parte el acreedor no pueda reclamar el dinero que le adeuda el otro contratante, pero, por la otra esté facultado para solicitar una indemnización de daños y perjuicios. Esta situación parece ser un

¹⁸⁵² Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 577.

¹⁸⁵³ Cfr.: *Ibidem*, págs. 578–579.

¹⁸⁵⁴ En este sentido, la doctrina señala que: “Las leyes sueca y finlandesa (*Sale of Goods*) § 52 disponen que, cuando el vendedor debe procurar o producir expresamente para el comprador las mercaderías, si el comprador resuelve el contrato, el vendedor no puede llevar a cabo la prestación y reclamar el precio. El vendedor sólo podrá reclamar daños, incluido el lucro cesante”. *Ibidem*, pág. 579.

¹⁸⁵⁵ Cfr.: *Ídem*.

¹⁸⁵⁶ En este caso, al igual que en el anterior, “[...] el deudor corre el riesgo de tener que cargar con una prestación que ya no le interesa”. *Ibidem*, pág. 577.

¹⁸⁵⁷ Cfr.: *Ibidem*, pág. 576.

contrasentido, pues, la indemnización tiene por finalidad reemplazar al objeto de la prestación (indemnización compensatoria), o, la oportunidad en que debió ejecutarse el pago (indemnización moratoria). Aquí pareciera ser que estaría reemplazando al primero. Por su parte, el artículo 9:102: (“Obligaciones no pecuniarias”),¹⁸⁵⁸ expresa lo siguiente: “(1) La parte perjudicada tiene derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no pecuniarias y a la reparación del cumplimiento defectuoso de las mismas. (2) Sin embargo, el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando: (a) El cumplimiento resulte ilícito o imposible. (b) Dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables.”¹⁸⁵⁹ (c) El cumplimiento consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal. (d) O el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías. (3) La parte perjudicada perderá su derecho a la pretensión de cumplimiento específico si no lo ejerce en un tiempo prudencial desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento”.¹⁸⁶⁰ Esta norma se refiere a las obligaciones no pecuniarias, y para ello se utiliza la expresión “cumplimiento específico”¹⁸⁶¹ o “ejecución *in natura*” (“*specific performance*”),¹⁸⁶²

¹⁸⁵⁸ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 128.

¹⁸⁵⁹ En este sentido, MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA señalan que: “La segunda excepción impide el cumplimiento específico cuando éste comporte un esfuerzo o gasto no razonables para el deudor, es decir, la realización de la prestación es material y legalmente posible, pero absolutamente antieconómica, por lo que la pretensión del acreedor atentaría contra los principios de buena fe y lealtad. Esta excepción, que en *UNIDROIT* es exclusiva para obligaciones pecuniarias, cuando el acreedor aún no ha cumplido la prestación característica del contrato”. MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA, “Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Op. Cit., págs. 462–463.

¹⁸⁶⁰ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, págs. 30–31.

¹⁸⁶¹ En este sentido, MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA señalan que: “Tanto en los Principios *UNIDROIT* como en los *PECL*, se establece como regla general que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, con independencia de que ésta sea pecuniaria o no (arts. 7.2.1 y 7.2.2 *UNIDROIT*; arts. 9.201 y 9.202 *PECL*)”. MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA, “Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Op. Cit., págs. 461–462.

¹⁸⁶² En este sentido, MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS señala que: “Mientras que en los sistemas

pues, no existe otra mejor expresión para referirse a esta situación. En este caso, el contratante cumplidor tiene la facultad para exigirle el cumplimiento al deudor, y además, para requerir del órgano jurisdiccional su auxilio, a fin de que se obligue al deudor incumplidor a ejecutar la prestación debida.¹⁸⁶³ Esta facultad fue muy discutida por la comisión, pues, una vez más se enfrentaba el *common law* (sólo se considera a esta facultad como una excepción), con el *civil law* (en este sistema se autoriza de forma general al acreedor a exigir esta facultad). La limitación en el cumplimiento específico presenta una serie de beneficios: (a) se satisface de mejor manera los intereses del acreedor; (b) se soslaya la determinación del monto de una posible indemnización de daños y perjuicios y (c) se robustece la relación entre las partes, con el fin de que vuelvan a contratar en el futuro.¹⁸⁶⁴

3.2.3.2.– EXCEPCIONES AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO.

Según lo dispuesto por el art. 9:102 (2) son cuatro las excepciones: (a) Cuando el cumplimiento resultare ilícito o imposible. Esta excepción resulta evidente, pues no se podría compeler al deudor a ejecutar una prestación imposible o ilícita. En el caso de las imposibilidades temporales, se suspenderá el cumplimiento mientras dure el obstáculo. (b) Cuando dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables.¹⁸⁶⁵ Es interesante esta excepción, aun cuando ella arrastra una cierta

continentales el cumplimiento específico o *in natura* ocupa, al menos en teoría, un primer lugar entre los recursos disponibles en caso de incumplimiento del contrato, en los sistemas anglo-americanos la «*specific performance*» y la «*injunction*» tienen un carácter excepcional, ya que solo pueden exigirse en los casos en que no sea posible satisfacer a una parte con una compensación monetaria”. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., pág. 693.

¹⁸⁶³ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 580.

¹⁸⁶⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 581.

¹⁸⁶⁵ Los PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO nos entregan un ejemplo para ilustrar esta situación: “A ha vendido su yate «Eliza» a B y le ha prometido que se lo librará en su domicilio (de B).

indefinición o ambigüedad, pues se trata de un concepto abierto a interpretación (determinar en qué caso el esfuerzo o gasto es desproporcionado).¹⁸⁶⁶ Esta norma no se refiere a los hechos imprevisibles que surjan con posterioridad a la celebración del negocio (cláusula *rebus sic stantibus*), pues ésta se encuentra recogida en el art. 6:111, siendo ésta una norma especial que prevalece por sobre aquélla.¹⁸⁶⁷ (c) Cuando el cumplimiento consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal. Esta excepción es doble, pues se acogen dos casos: (i) en el caso de las obras personales y (ii) cuando el cumplimiento se basa en una relación personal. Éstas se excluyen porque: (1) de obligar el juez a ejecutar una obra personal a la parte que ha decidido no hacerlo, estaría interfiriendo con su ámbito de libertad; (2) si se obligara a la parte deudora a ejecutar la obra o el servicio personal, podría ésta ejecutarlo de una manera no conveniente, lesionando así las expectativas del acreedor; y (3) al tribunal se le impondría una carga difícil de realizar (el seguimiento del estricto cumplimiento de la prestación en los términos debidos).¹⁸⁶⁸ Por último, el art. 9:101 (3) establece que la parte perjudicada perderá su derecho a la pretensión de cumplimiento específico si no lo ejerce en un tiempo prudencial desde que haya sabido o hubiera

Durante el viaje, «Eliza» sufre un accidente con otro barco y el yate se hunde a 200 metros de profundidad. Los gastos de rescate del yate supondrían cuarenta veces su valor. Exigir que A cumpla con su obligación de entrega sería desproporcionado”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 583.

¹⁸⁶⁶ La noción de “cumplimiento irrazonable” se encuentra lo suficientemente extendida entre los países nórdicos (Finlandia y Suecia), Alemania, Italia, Grecia, Bélgica, Francia, Irlanda, Austria, Portugal, entre otros. Cfr.: *Ibidem*, págs. 589–590.

¹⁸⁶⁷ En este sentido, SAN MIGUEL PRADERA señala que: “Pero el principio *pacta sunt servanda* no es absoluto; en determinadas circunstancias excepcionales puede ceder. En concreto, se ha planteado la cuestión de cómo incide en el contrato el hecho de que para una de las partes el cumplimiento del contrato haya devenido excesivamente oneroso por circunstancias sobrevenidas”. SAN MIGUEL PRADERA, L.–P.: “La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Op. Cit., pág. 371.

¹⁸⁶⁸ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 582–584.

debido saber que se había producido un incumplimiento.¹⁸⁶⁹ En este sentido, la determinación de la duración de un plazo razonable o prudencial, dependerá de las circunstancias, y la prueba del mismo estará a cargo del deudor. En fin, en estas hipótesis, el acreedor no puede reclamar el cumplimiento específico de la prestación, pero si una indemnización de daños y perjuicios (art. 9:103).¹⁸⁷⁰

3.2.3.3.– SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO (*EXCEPTIO NON ADIMPLETU CONTRACTUS* O EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO).¹⁸⁷¹

El artículo 9:201: (“Derecho a suspender la ejecución de la prestación”) establece que: “(1) La parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias. (2) Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma”.¹⁸⁷² En esta norma se consagra la *exceptio non adimpleti*

¹⁸⁶⁹ En este sentido, los PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO dicen que: “El art. 9:102 (3) adopta el principio del *common law* de que la parte perjudicada que se retrasa de manera irrazonable en reclamar el cumplimiento *in natura* puede perder su demanda. En el § 23 de la *Sale of Goods Act* finlandesa y sueca se encuentra una regla similar”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 591.

¹⁸⁷⁰ Cfr.: *Ibidem*, pág. 586.

¹⁸⁷¹ En este sentido, expresa ZIMMERMANN lo siguiente: “[Los *PECL* perpetúan] la tradición de la *exceptio non adimpleti contractus*”. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 126. Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., págs. 693–694.

¹⁸⁷² PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 31.

contractus, ampliamente recogida en los diversos ordenamientos,¹⁸⁷³ dándosele el nombre de “Derecho a suspender la ejecución de la prestación”.¹⁸⁷⁴ Conforme a esta excepción, el cumplimiento de la prestación puede “suspenderse” mientras la contraparte no haya cumplido. Esta excepción tiene un efecto “paralizante” de la pretensión del actor en los contratos sinalagmáticos (se incluyen también los contratos multilaterales).¹⁸⁷⁵ En este caso, no es necesario que el incumplimiento sea esencial, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del *common law*,¹⁸⁷⁶ en el cual el incumplimiento debe ser relevante para autorizar a la contraparte a suspender la ejecución de su prestación o bien, cuando sea el propio contrato, el que se forma explícita o implícita, condicione el cumplimiento de la prestación al cumplimiento de la prestación de la contraparte.¹⁸⁷⁷ En otro caso, la parte perjudicada tiene que cumplir con su obligación, sin perjuicio de tener la facultad para solicitar una indemnización de daños y perjuicios, si es que procede (*breach of contract*).¹⁸⁷⁸

¹⁸⁷³ En este sentido, la doctrina señala que consagran esta excepción el: “[...] *BGB* alemán § 320, CC griego art. 374, CC italiano art. 1460 (1), *BW* neerlandés art. 6:52 y CC portugués art. 428. En Francia, Bélgica, Luxemburgo, Austria, España y Dinamarca, los tribunales han reconocido esta norma como un principio general basado en disposiciones especiales y en el espíritu de la ley: v. para la compraventa, CC francés, belga y luxemburgués, arts. 1653, 1707 y (probablemente) 1612 y 1613; respecto al reconocimiento de la norma como un principio general en la jurisprudencia belga, *Cass.* 26 abril 1945, *Pas.* I; 24 abril 1947, *R.C.J.B.* 1949, 125; 12 septiembre 1973, *Arr. Cass.* 1974, 36. Para Austria v. *ABGB* §§ 1052, 1062 y *Jabornegg*; en España, art. 1466 CC y la literatura citada en el anterior apartado 1(a). para Dinamarca, v. *Ussing, Alm. Del.* 79”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 599.

¹⁸⁷⁴ *Cfr.*: *Ibidem*, págs. 594.

¹⁸⁷⁵ *Cfr.*: *Ibidem*, págs. 594–595.

¹⁸⁷⁶ En este sentido, la doctrina señala que: “La sección 28 de la *Sale of Goods Act* 1979 del Reino Unido, establece que salvo pacto en contrario, la entrega de las mercancías y el pago del precio son condiciones simultáneas (concurrentes en el tiempo), lo que implica que el vendedor ha de estar preparado y dispuesto a entregar la posesión de los bienes al comprador a cambio del precio y el comprador ha de estar preparado y dispuesto a pagar el precio a cambio de la posesión de las mercancías o bienes. La *Sale of Goods Act* 1983 irlandesa, s. 28 prevé lo mismo”. *Ibidem*, pág. 598.

¹⁸⁷⁷ En el Derecho escocés, la reciprocidad (mutualidad) del contrato, autoriza suspender el cumplimiento de la prestación frente a un incumplimiento (*breach*) de la contraria, mientras subsista un vínculo entre ella. (Caso *Bank of East Asia v. Scottish Enterprise*, 18 enero 1996). *Cfr.*: *Ibidem*, págs. 582–584.

¹⁸⁷⁸ *Cfr.*: *Ibidem*, págs. 595–596.

3.2.3.4.– RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

En general, la doctrina señala que la tradición del Derecho continental, estructurada a partir del Derecho romano, responde de forma imprecisa y poco clara en esta materia. Pues, en Roma, frente al incumplimiento contractual se establecían una serie de acciones, sin disponer de una norma general que agrupara todos los casos de resolución del contrato, dado el carácter casuístico y fragmentario de este derecho. Además de lo anterior, el legislador francés, al establecer con carácter de dogma el “*pacta sunt servanda*”, titubeó a la hora de implantar una excepción general al mismo (la resolución). Por ello es que a partir de la facultad resolutoria tácita, la doctrina comenzó a gestar una teoría general en torno a la resolución por incumplimiento, sobre la base de la opción que le entregaba la ley: o cumplimiento forzado de la obligación o resolución de la misma, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios (art. 1124 CC).¹⁸⁷⁹

A diferencia de lo anterior, los *PECL* siguen la tendencia moderna: la resolución procede con prescindencia de si el incumplimiento¹⁸⁸⁰ se encuentre o no justificado, siempre que éste tenga un carácter de relevancia suficiente.¹⁸⁸¹ Los *PECL*, se refieren a la resolución del contrato en la Secc. 3, que se enmarca dentro del Capítulo 9,

¹⁸⁷⁹ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., págs. 133–134.

¹⁸⁸⁰ En este sentido, DE PRIEGO FERNÁNDEZ señala que: “Los principios consagran, aunque no definen, una noción amplia de incumplimiento”. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 219.

¹⁸⁸¹ En este sentido, como se vio, tanto la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 como los PRINCIPIOS UNIDROIT hacen alusión a la relevancia que debe tener el incumplimiento para justificar la resolución. Así, los arts. 49.1 a) y 64.1 a) de la CONVENCIÓN habla de “incumplimiento esencial”. Por su parte, el art. 7.3.1. (1) de los PRINCIPIOS también se refiere a este concepto. Cfr.: COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Op. Cit., págs. 15 y 20; PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org/>>, Op. Cit., pág. 24.

(“Recursos específicos en caso de incumplimiento”),¹⁸⁸² particularmente en el artículo 9:301: (Derecho a resolver el contrato),¹⁸⁸³ que dispone: “(1) Una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte. (2) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato conforme al artículo 8:106”.¹⁸⁸⁴ Lo primero que llama la atención de este artículo, es que una vez verificado el incumplimiento, en los términos exigidos por la norma, no se le puede otorgar ningún plazo de gracia al deudor¹⁸⁸⁵ para que cumpla su deber.¹⁸⁸⁶

Al “incumplimiento esencial”¹⁸⁸⁷ se refiere el artículo 8:103 de los *PECL*, en los siguientes términos: “El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación forma parte de la causa del contrato.

¹⁸⁸² La resolución se regula entre los artículos 9:301 a 9:309, con todo, todo el Capítulo 9 se refiere a los recursos específicos en caso de incumplimiento. *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 575 y ss.

¹⁸⁸³ Al respecto, *vid.*: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., págs. 21–22.

¹⁸⁸⁴ PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 601.

¹⁸⁸⁵ A diferencia de la CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980, que si le confiere tanto al comprador como al vendedor la posibilidad de conceder, unilateralmente, un término de gracia. *Cfr.*: GARRO y ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Op. Cit., págs. 177–181; PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 602.

¹⁸⁸⁶ En este sentido, se debe comparar la norma en comento con “[...] el *délai de grâce* francés y belga (CC art. 1184); de manera similar el CC español, art. 1124. (3), o, en los ordenamientos del *common law*, la regulación específica de protección en caso de decomiso (por ejemplo, en determinadas ocasiones el arrendatario puede ser protegido contra el decomiso por falta de pago de la renta: *v. Treitel Remedies* § 247)”. *Ibidem*, pág. 601. Asimismo, se ha dicho que: “Si se dan los requisitos del artículo 9:301, los presentes principios no han previsto que los órganos judiciales o un tribunal arbitral puedan conceder a la parte que hubiera incumplido período de gracia alguno”. *Ibidem*, pág. 602.

¹⁸⁸⁷ En este sentido, ZIMMERMANN señala que: “Esta idea [incumplimiento esencial] proviene básicamente del derecho inglés sobre incumplimiento y se remonta a la fértil concepción de Lord Mansfield a fines del siglo XVIII sobre una «*implied condition*» y a la distinción entre «*warranties*» y «*conditions*»”. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., págs. 133–134.

(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de sus justas expectativas respecto al contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento es intencionado y da motivos a la parte perjudicada para entender que más adelante ya no cabe contar con el cumplimiento de la otra parte”.¹⁸⁸⁸

En este sentido, los *PECL* (art. 9:301),¹⁸⁸⁹ y la *CV* (art. 49.1), requieren que la falta de conformidad tenga el carácter de esencial, para que proceda el remedio de la resolución del contrato (“*rücktrittrecht*”).¹⁸⁹⁰

En caso que una parte incumpla con su deber, y dicho incumplimiento tenga el carácter de esencial, resulta evidente que el afectado puede deducir la acción resolutoria. El origen de esta disposición se encuentra en el *common law*,¹⁸⁹¹ particularmente en la figura de la “*repudiation*”, o “*anticipary repudiation*” (caso *Hochster v. De la Tour*), como una forma de incumplimiento contractual *in anticipando*.¹⁸⁹² Esta noción de “incumplimiento previsible” no tiene cabida en el Derecho francés, español y portugués.¹⁸⁹³ El fundamento de la exigencia de un incumplimiento esencial, según la

¹⁸⁸⁸ PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 533.

¹⁸⁸⁹ *Vid.*: PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE. PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Op. Cit., pág. 690.

¹⁸⁹⁰ *Cfr.*: SCHULZE, “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 56.

¹⁸⁹¹ En este sentido, la doctrina plantea que: “El origen de esta disposición lo encontramos en el *common law* [...] y corresponde al Derecho escocés”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 615.

¹⁸⁹² *Cfr.*: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 125.

¹⁸⁹³ *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 616–617.

doctrina, es que la resolución del contrato, normalmente supone una serie de desventajas para el contratante incumplidor. Además, existen remedios más benignos como la indemnización de daños y perjuicios y la reducción del precio, que no son tan categóricos como la resolución. Es decir, la resolución por incumplimiento operaría como *ultima ratio*, atendida las graves consecuencias que supone.¹⁸⁹⁴ Todo lo anterior implica que sólo aquel incumplimiento que revista cierta gravedad (que sea esencial), será apto para resolver el contrato.¹⁸⁹⁵ Ello se justifica, además, en el principio de conservación de los contratos.¹⁸⁹⁶ Cuando existe un incumplimiento esencial, la parte perjudicada puede, a su arbitrio, realizar cualquiera de las tres cosas siguientes: (a) Negarse a aceptar una oferta de cumplimiento tardío (artículo 8:104 *PECL*);¹⁸⁹⁷ (b) exigir una garantía del correcto cumplimiento de la prestación debida (art. 8:105 *PECL*);¹⁸⁹⁸ o, (c) poner fin al contrato¹⁸⁹⁹ (arts. 9:301, 9:302 y 9:304).¹⁹⁰⁰ Más aún,

¹⁸⁹⁴ En este sentido, MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS expresa lo siguiente: “Dado que los contratos internacionales son fruto de largas negociaciones y generadores de relaciones obligatorias de larga duración la resolución suele tener el carácter de «*ultima ratio*», considerándolo como un remedio excepcional cuando el incumplimiento no pueda ser subsanado de otra manera por la parte que ha incumplido”. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., pág. 694.

¹⁸⁹⁵ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 602.

¹⁸⁹⁶ Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., pág. 694.

¹⁸⁹⁷ El artículo 8: 104 de los *PECL* dispone que: “*A party whose tender of performance is not accepted by the other party because it does not conform to the contract may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrived or the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance*”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 84.

¹⁸⁹⁸ El artículo 8:105 de los *PECL* señala lo siguiente: “(1) *A party which reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of its own obligations so long as such reasonable belief continues. (2) Where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party and gives notice of termination without delay*”. *Ibidem*, pág. 84.

¹⁸⁹⁹ En este sentido, ANDREAU MARTÍNEZ señala que: “El artículo 9:304 de los Principios concede a una de las partes la facultad de «resolver» el contrato (*to terminate the contract*) en aquellos casos en que la

puede igualmente resolver el contrato,¹⁹⁰¹ con prescindencia de si el incumplimiento es o no esencial, cuando exista un plazo de cumplimiento y el contratante incumplidor ha incurrido en mora.¹⁹⁰² Asimismo, la resolución, en los *PECL* no requieren de sentencia judicial declaratoria, es decir, se consagra el sistema alemán de la resolución unilateral¹⁹⁰³ o por notificación (“*notice procedure*”).¹⁹⁰⁴ Incluso, la resolución se produce automáticamente, cuando el contratante incumplidor carece de un plazo adicional y en el caso que el incumplimiento esté justificado, a causa de un obstáculo

otra parte no quiera o no pueda cumplir en la fecha pactada, y con los mismos efectos que un *actual non-performance*, entre ellos, la posibilidad de solicitar daños y perjuicios (*damages*)”. ANDREAU MARTÍNEZ, B.: “«Incumplimiento anticipado»: regulación en los Principios de Derecho Contractual Europeo y soluciones a la vista del Código civil español”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 333.

¹⁹⁰⁰ Por último, el artículo 9:301 (“*Right to Terminate the Contract*”) de los *PECL*, señala lo siguiente: “(1) *A party may terminate the contract if the other party’s nonperformance is fundamental. (2) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106*”. Por su parte, el artículo 9: 302: (“*Contract to be Performed in Parts*”), dispone que: “*If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned. It may terminate the contract as a whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole*”. Por último, el artículo 9: 304: (“*Anticipatory Non-Performance*”), señala lo siguiente: “*Where prior to the time performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract*”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 86–87.

¹⁹⁰¹ El artículo 9:301: (“Derecho a resolver el contrato”), dispone en su n° 2 que: “(2) En caso de retraso, la parte perjudicada también puede resolver el contrato conforme al artículo 8:106”. Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 32.

¹⁹⁰² Para ZIMMERMANN, esta norma se inspiró en el § 326 del *BGB*. Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., págs. 135–136.

¹⁹⁰³ En cuanto a la resolución unilateral y, analizando los principios del régimen contractual a nivel internacional, ADAME GODDARD expresa lo siguiente: “Lo que se perfecciona por el consentimiento se deshace o resuelve por el consentimiento contrario o disenso. Puede incluso convenirse que una de las partes pueda resolver unilateralmente el contrato”. ADAME GODDARD, J.: “Capítulo 1. Bases doctrinales para un derecho contractual internacional”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 46.

¹⁹⁰⁴ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 602.

total y permanente a la realización de la prestación.¹⁹⁰⁵

La resolución, conforme al art. 9:303 *PECL*, requiere de una comunicación o aviso al deudor.¹⁹⁰⁶ El afectado perderá su facultad de resolver, si no la ejerce dentro de un plazo razonable y comunica esta situación dentro de un plazo razonable desde que tuvo noticia del incumplimiento o debió saber del mismo. Esta comunicación debe ser una manifestación expresa y directa de la voluntad del perjudicado, en orden a solicitar la resolución del contrato o rechazar la oferta de cumplimiento.¹⁹⁰⁷ Con todo, existen dos casos en que no se requiere comunicación alguna para que se produzca la resolución: (i) cuando se le ha dado un plazo al deudor para que éste cumpla, comunicándosele que si al vencimiento del mismo, no cumple, el contrato se resolverá automáticamente [art. 8:106 (3)]; (ii) cuando el incumplimiento se encuentre justificado por imposibilidad absoluta y total [art. 9:304 (4)].¹⁹⁰⁸ La comunicación, aviso o notificación debe otorgarse dentro de un plazo razonable o prudencial, contado desde la fecha del incumplimiento (desde que se tuvo noticia o se debía conocer). Pareciera ser que éste es el sistema que va a predominar en el futuro (frente al sistema francés de la resolución judicial), pues, cada vez son más los ordenamientos jurídicos que lo acogen. Sólo a modo de ejemplo, podemos mencionar: Dinamarca, Suecia, Finlandia, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido, Portugal, Alemania, Grecia, Italia y España.¹⁹⁰⁹

¹⁹⁰⁵ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., págs. 136–137.

¹⁹⁰⁶ La resolución unilateral o por comunicación se encuentra en los sistemas británico, danés, finés, holandés y escocés, entre otros. Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 611.

¹⁹⁰⁷ Cfr.: *Ibidem*, págs. 608–609.

¹⁹⁰⁸ Cfr.: *Ibidem*, pág. 610.

¹⁹⁰⁹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 612.

En cuanto a los efectos de la resolución,¹⁹¹⁰ éstos son: (a) libera a los contratantes de sus obligaciones; (b) a diferencia del derecho francés, no opera con efecto retroactivo. Pues, de no reputarse con vida el negocio, el afectado podría verse privado de la indemnización de daños y perjuicios (principalmente en lo que atinge al lucro cesante). Así lo establece el art. 8:102, que dispone que la parte afectada, no pierde el derecho a pedir una indemnización de daños y perjuicios, por ejercer otros derechos.¹⁹¹¹ Que la resolución opera sin efecto retroactivo significa que las partes no tienen el deber de proceder a restituirse mutuamente las cosas que recibieron en virtud del contrato. En mi opinión, los *PECL* confunden la noción de “resolución” con la de “terminación” (“*termination*”), pues, no solamente no hace el distingo, sino que, además, igualmente le concede acción de indemnización de perjuicios a la parte afectada, lo que equivaldría a la repetición de las cosas dadas (la diferencia es que se devuelve su valor en dinero).¹⁹¹² Con todo, si uno de los contratantes recibe una cosa antes de la resolución, ésta puede ser posteriormente repudiada por la parte que la recibió, cuando hubiere perdido sustancialmente su valor;¹⁹¹³ (c) en los contratos de ejecución fraccionada, tiene aplicación el artículo 9:302, que dispone: “En un contrato de ejecución fraccionada, la parte perjudicada puede ejercer su facultad resolutoria, conforme a esta sección, sobre aquella parte del contrato que se hubiera incumplido de manera esencial y respecto de la que pueda determinarse el porcentaje de contraprestación a que afecta dicho incumplimiento.”¹⁹¹⁴ El perjudicado únicamente

¹⁹¹⁰ Al respecto, *vid.*: ROUILLER, N.: *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contracts*, CEDIDAC, Lausanne, 2007, págs. 731–737.

¹⁹¹¹ *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 618–619.

¹⁹¹² *Cfr.*: *Ibidem*, pág. 629.

¹⁹¹³ *Cfr.*: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., págs. 137–138.

¹⁹¹⁴ La resolución respecto del contrato en su totalidad (“*termination of the contract as a whole*”), sólo se refiere a las obligaciones futuras. *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 606.

podrá resolver¹⁹¹⁵ el contrato en su totalidad si el incumplimiento resulta esencial para el conjunto del mismo”;¹⁹¹⁶ (d) para que surta efectos la resolución, salvo que se trate de la automática, (cuando, conforme al artículo 8:108 una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación a consecuencia de un impedimento absoluto y definitivo, el contrato queda automáticamente resuelto, sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad), es necesaria una comunicación o aviso dirigida al deudor, dentro de un plazo razonable desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido el incumplimiento, pues, de no cumplir con esta exigencia, la parte perjudicada por la resolución pierde su derecho, (art. 9:303 de los PECL).¹⁹¹⁷ Como se dijo, en ciertos casos procede la repetición de las cosas dadas o entregadas en virtud del contrato resuelto. Estos son: (a) Bienes cuyo valor ha disminuido (art. 9:306). Aquí, uno de los contratantes recibió un bien que carece de valor si no se cumple el resto de las obligaciones, v. gr., una empresa celebra un contrato de arrendamiento con el fin de contar con un programa de contabilidad necesario para gestionar el negocio. La empresa recibe el *hardware*, pero no el *software*, por tanto podría devolverle a la proveedora el primero, pues le es inútil sin el

¹⁹¹⁵ En este sentido, se ha dicho que: “La noción de «resolver» una parte del contrato (*termination in relation to a part*) es una expresión no demasiado afortunada para referirse a que si bien no se pone fin al contrato, se tiene la ventaja de poder aplicar las normas generales sobre la resolución (así como la obligación de comunicarlo conforme al art. 9:303). El art. 73 CISG presenta el mismo enfoque”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 606.

¹⁹¹⁶ PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 32.

¹⁹¹⁷ Agrega el art. 9:303 de los PECL que: “[...] (3) (a) Si llegado el vencimiento de la obligación no ha habido ofrecimiento de pago, la parte perjudicada no necesita comunicar que resuelve el contrato antes de que se produzca un ofrecimiento en tal sentido. Si posteriormente se produce un ofrecimiento, la parte perjudicada perderá su facultad resolutoria si no ejercita su acción comunicándolo en un plazo razonable desde que haya tenido noticia del ofrecimiento o hubiera debido tenerla. (b) Sin embargo, si la parte perjudicada sabe o tiene motivos para saber que la otra parte todavía tiene intención de ofrecer el pago en un plazo razonable y así ocurre, aquélla perderá su derecho de resolución del contrato cuando sin motivo hubiera dejado de comunicar a la otra parte que ya no aceptaría el pago. (4) Si conforme al artículo 8:108 una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación a consecuencia de un impedimento absoluto y definitivo, el contrato queda automáticamente resuelto, sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad”. *Ídem*.

software. (b) La restitución de sumas de dinero. En este sentido, el art. 9:307 *PECL* dispone que: “En caso de resolución del contrato, las partes tienen derecho a recuperar el dinero que hubieran pagado por una prestación que no hayan recibido o que legítimamente se hubieran negado a aceptar”.¹⁹¹⁸ Esta disposición se aplica cuando uno de los contratantes ha adelantado dinero a la otra y luego se niega a aceptar la prestación de ésta, con los debidos intereses (art. 9:508)¹⁹¹⁹ siempre que exista una causa justificada,¹⁹²⁰ v. gr., una parte le adelanta el dinero a la contraparte para que construya diez casas, y luego de haber construido tres de ellas, se resuelve el contrato, la primera tiene la facultad de exigir la restitución del dinero que adelantó por las casas que no se construyeron.¹⁹²¹ (c) Restitución de bienes distintos del dinero (art. 9:308). En este caso, una parte entregó a la contraria ciertos bienes, diversos del dinero y la contraparte incumplió con su obligación, la primera está autorizada para solicitar la repetición de

¹⁹¹⁸ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 621.

¹⁹¹⁹ En este sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ señala que: “Tanto los *PECL* y *RPECL* y el *DCFR* como los Principios *UNIDROIT* se pronuncian en el mismo sentido, estableciendo el devengo de intereses moratorios por el impago de una cantidad de dinero desde el momento del incumplimiento hasta el del pago, y concretan el tipo de interés moratorio en el tipo medio a corto plazo aplicado por los bancos comerciales a los grandes clientes en operaciones, para la moneda de pago convenida y en el lugar en que deba procederse al pago, criterio éste que parece el más ajustado a las exigencias del comercio internacional [...]”. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 423.

¹⁹²⁰ En este sentido, vid.: MARSAL GUILLAMET y LAUROBA LACASA, “Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Op. Cit., págs. 464 y ss.

¹⁹²¹ En el sistema del *common law*, se establece “[...] que si la parte demandante ha cumplido su prestación o una parte divisible de la misma, sólo dispone de una acción para obtener el precio pactado. En el caso de un cumplimiento parcial, se distingue entre los casos de *frustration* (imposibilidad) y los casos de incumplimiento imponible (*breach*). Cuando un contrato resulta imposible (se «frustra»), de acuerdo con la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, s. 1 (3), el juez tiene el poder discrecional de conceder aquello que suponga una restitución en sentido estricto [...]”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 633.

dichos bienes, siempre que no se lesionen los derechos de terceros¹⁹²² (en este caso deberá devolver el valor de dichos bienes).¹⁹²³

Por último, el art. 9:309 establece que: “En caso de resolución del contrato, la parte que haya llevado a cabo una prestación que no pueda devolverse y por la que no hubiera recibido pago o contraprestación alguna, tiene derecho a recibir un importe razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte”.¹⁹²⁴ En este caso se trata de beneficios o ganancias que no es posible devolver, en cuyo caso debe procederse a repetir el valor de los mismos, salvo que la utilidad o ganancia no alcanza a cubrir los costos que fueron asumidas por ella.¹⁹²⁵

3.2.3.5.– DAÑOS Y PERJUICIOS.

El art. 9:501 de los *PECL* (“Derecho a la indemnización de daños y perjuicios”) dispone que: “(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108. (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias y (b) Futuras pérdidas previsibles y probables”.¹⁹²⁶ El primer comentario

¹⁹²² Puede ocurrir, en este caso, “[...] que, antes de la resolución, la parte que ha incumplido haya transmitido a su vez algunos bienes a la parte perjudicada. Si el perjudicado puede devolver su propiedad pero no lo hace, los tribunales pueden ordenar que se devuelvan dichos bienes o que se entregue el importe de su valor de acuerdo con el art. 9:308”. *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 623.

¹⁹²³ *Cfr.*: *Ibidem*, págs. 619–625.

¹⁹²⁴ *Cfr.*: *Ibidem*, pág. 625.

¹⁹²⁵ *Cfr.*: *Ibidem*, págs. 625–626.

¹⁹²⁶ PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>.

que merece este artículo parece algo obvio: debe existir un daño para que proceda la indemnización de daños y perjuicios.¹⁹²⁷ Esto aparece en el Derecho continental y también en el *common law*,¹⁹²⁸ en la que los tribunales ingleses otorgan los “*nominal damages*”.¹⁹²⁹ Estos eran, en el s. XIX, un “*peg*” (colgador) para las sentencias sobre costas. En la actualidad, el Código MCGREGOR niega el derecho de solicitar una indemnización de daños y perjuicios, a la parte que no ha experimentado un daño¹⁹³⁰ (art. 432 Código MCGREGOR).¹⁹³¹ Es frecuente la inclusión de este remedio contractual en el sistema del *common law*, lo que se ha proyectado al ámbito de los contratos internacionales, erigiéndose como la principal solución frente al incumplimiento contractual.¹⁹³² Un aspecto importantísimo, es que la indemnización de daños y perjuicios procede siempre que existan perjuicios,¹⁹³³ con prescindencia del

pág. 34.

¹⁹²⁷ Cfr.: ROULLER, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contracts*, Op. Cit., pág. 758.

¹⁹²⁸ En este sentido, los PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO señalan que: “Este artículo permite que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios siempre que haya sufrido pérdidas como consecuencia del incumplimiento injustificado de la otra parte”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 639.

¹⁹²⁹ Cfr.: VAN ZELST, *The politics of European sales law. A Legal–Political Inquiry into the Drafting of Uniform Commercial Code, The Vienna Sales Convention, The Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of Europeanization of Private Law*, Op. Cit., págs. 118–152.

¹⁹³⁰ En este sentido, VAN ZELST señala que: “*Generally, Community law requires that there must exist a actual and certain damage which is both appreciable and definitive*”. *Ibidem*, pág. 132.

¹⁹³¹ Cfr.: MCGREGOR, *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Op. Cit., pág. 112; ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 128.

¹⁹³² Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., pág. 696; VICENTE DOMINGO, E.: “El resarcimiento de los daños”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, pág. 601.

¹⁹³³ En este sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ señala que: “En los PECL, la indemnización se producirá respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte (salvo que concurra una causa de exoneración del deber de indemnizar, por imposibilidad en el incumplimiento debido a impedimentos fuera de control y razonablemente imprevisibles y de consecuencias insuperables en el momento de conclusión del contrato [...]). JIMÉNEZ MUÑOZ, “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo

elemento culpa,¹⁹³⁴ salvo que se trate de un incumplimiento justificado (art. 8:108),¹⁹³⁵ aplicándose a toda clase de incumplimiento.¹⁹³⁶ En cuanto a los criterios para determinar el *quantum* de la indemnización de daños y perjuicios, hay que tener presente lo que reza el artículo 9:502 de los *PECL*: “El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada¹⁹³⁷ y las ganancias que haya dejado de obtener”.¹⁹³⁸ La indemnización de daños y perjuicios contempla el daño patrimonial (daño emergente y

armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 427.

¹⁹³⁴ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 623. En contrario, v. gr., el Derecho holandés (art. 6:98 del BW). Cfr.: *Ibidem*, págs. 653.

¹⁹³⁵ El art. 8:108 de los *PECL* (“Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento”), dispone que: “(1) Una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias. (2) Cuando el impedimento sea tan sólo temporal, la exoneración prevista en este artículo produce sus efectos durante el tiempo en el que persista el impedimento. Sin embargo, si el retraso se tradujera en un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo en tal sentido. (3) La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación”. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, págs. 29–30.

¹⁹³⁶ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 639.

¹⁹³⁷ En el *common law*, a diferencia del *civil law*, procede la indemnización por incumplimientos de poca monta, y aun cuando no hubiera pérdidas para la parte afectada. Cfr.: *Ibidem*, pág. 642.

¹⁹³⁸ PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 34.

lucro cesante) y el daño moral¹⁹³⁹ o no patrimonial.¹⁹⁴⁰ El contratante incumplidor solamente responderá por los daños que haya previsto o que hubiera podido razonablemente prever al tiempo de la celebración del contrato como una consecuencia lógica del incumplimiento,¹⁹⁴¹ salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente (art. 9:503 *PECL*).¹⁹⁴² En este sentido, se ha dicho que esta regla es de origen inglés (“*contemplation*”), creada en el caso *Hadley v. Baxendale*¹⁹⁴³ de 1854 (por el Tribunal de Exchequer), que tuvo su antecedente en la obra de los franceses DUMOULIN y POTHIER.¹⁹⁴⁴ En este sentido, varios ordenamientos jurídicos han limitado el monto de la indemnización por daños y perjuicios, a aquello que hubiera

¹⁹³⁹ En este sentido, la doctrina señala que: “Las pérdidas reparables no se limitan a las pérdidas pecuniarias, sino que pueden cubrir también, por ejemplo, daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica o «daños morales» que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte”. Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 641.

¹⁹⁴⁰ En cuanto al daño moral, ZIMMERMANN señala que: “La acción indemnizatoria comprende daños no patrimoniales. Esto se opone al § 253 *BGB* (una norma limitada por el supuesto especial de gran trascendencia práctica del § 651 f.II *BGB*), pero se corresponde con el derecho francés («*préjudice moral*») y con el derecho inglés (en la medida que genera «*pain and suffering*» o «*inconvenience*»”. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 129.

¹⁹⁴¹ En este sentido, JIMÉNEZ MUÑOZ señala que: “Esta regla de previsibilidad ya se recogía en la *CISG* (art. 74), y después en los Principios *UNIDROIT* (art. 7.4.4), pero también es tradicional tanto en el ámbito del *common law* como en los Derechos continentales de inspiración francesa; en cambio, la excepción de los supuestos de dolo (o culpa grave), en que se recupera la regla de la indemnización integral –que no aparece en la *CISG* y los Principios *Unidroit*–, se toma por los *PECL* (y *RPECL*) de los Derechos de inspiración francesa, siendo inexistente en la órbita del *common law*”. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 428.

¹⁹⁴² En este sentido, la doctrina señala que: “Como regla general, los ordenamientos del *common law* no atienden al grado de culpa de la parte que incumple en lo que respecta a la indemnización por daños y perjuicios [...]”. PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 654.

¹⁹⁴³ En este sentido, se ha dicho que: “El test de previsibilidad también se dispone en el Derecho francés, belga y luxemburgués, v. art. 1150 CC. En Bélgica y Francia, este test de previsibilidad se aplica ampliamente: sólo se exige que la clase de daño que se pueda causar sea previsible; v. respectivamente *Cass.* 23 febrero 1928, *Pas.* 85 y *Cass. Com.* 1965, D. 1965, 449”. *Ibidem*, pág. 652.

¹⁹⁴⁴ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 129.

previsto o debido prever al tiempo de celebrar el contrato, salvo que se trate de un incumplimiento deliberado o exista negligencia grave.¹⁹⁴⁵ En este sentido, el *common law*, como se dijo más arriba, limita la indemnización a las pérdidas previsibles.¹⁹⁴⁶ El monto de la indemnización disminuye, en caso de que el lesionado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos (art. 9:504 *PECL*),¹⁹⁴⁷ en igual sentido se consagra la doctrina de la mitigación.¹⁹⁴⁸

El artículo 9:506 (“Negocio de reemplazo”) dispone que: “Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo, así como de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección”.¹⁹⁴⁹ Por lo tanto, la parte afectada podrá elegir –en el caso que se produjo un negocio sustituto– entre pedir la diferencia entre el precio del negocio o el precio del negocio sustituto.¹⁹⁵⁰ Los *PECL* nos entregan un ejemplo: “S vende a B un coche Renault por un importe de 5.000 £, asegurándole que se trata de un modelo del año 1990. Se trata en realidad de un

¹⁹⁴⁵ En este sentido, MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS señala que: “Una de las mayores preocupaciones para los redactores de los contratos internacionales es la de prever los límites al montante de los daños y perjuicios que se pueden conceder en caso de incumplimiento”. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., pág. 698.

¹⁹⁴⁶ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 650–651.

¹⁹⁴⁷ Con ello, los *PECL* siguen al sistema alemán (§ 254 del *BGB*). Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 130.

¹⁹⁴⁸ El artículo 9:505: de los *PECL* (“Deber de mitigar el daño”) establece que: “(1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables. (2) El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al intentar mitigar el daño”. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 35.

¹⁹⁴⁹ *Ídem*.

¹⁹⁵⁰ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 646.

modelo del año 1988, cuyo valor en el mercado es de 1.500 £ menos que el modelo de 1990. El precio pagado conforme al contrato no importa a la hora de calcular los daños. B tiene derecho a una indemnización por daños de 1.500 £, que constituye la diferencia de precio entre el valor garantizado del coche y el valor del coche que se entregó”.¹⁹⁵¹

El artículo 9:508: (“Retraso en el pago de una cantidad de dinero”) establece que: “(1) Cuando se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago. Dichos intereses se calcularán conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales a los grandes clientes en operaciones a corto plazo, para la moneda de pago convenida y en el lugar en que deba procederse al pago. (2) La parte perjudicada podrá resarcirse además de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en la medida en que puedan indemnizarse con arreglo a esta sección”.¹⁹⁵² En este sentido, se ha dicho que el apartado 1º, establece un derecho de carácter general, para solicitar intereses en las obligaciones contractuales impagas. Los intereses se tratan en forma independiente, y no en la norma que regula en general a la indemnización por daños y perjuicios, por que no es una indemnización ordinaria. El tipo de interés¹⁹⁵³ se establece conforme a promedio aplicado por los bancos comerciales a los grandes clientes en operaciones de corto plazo.¹⁹⁵⁴ Por su

¹⁹⁵¹ PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 646.

¹⁹⁵² PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 35. En este sentido, ZIMMERMANN señala que: “Por su parte, en el derecho inglés no existe una obligación general de pagar intereses, lo que se ha considerado insatisfactorio”. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 131.

¹⁹⁵³ Para ver el tipo de interés aplicable en diversos países de Europa, *vid.*: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 668–670.

¹⁹⁵⁴ *Cfr.*: *Ibidem*, pág. 666. Al respecto, *vid.* también: artículo 7:108 PECL. *Cfr.*: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 26.

parte, el apartado 2º de esta norma, extiende el remedio indemnizatorio no sólo a los intereses, sino que a otros daños y perjuicios adicionales, *v. gr.*, la pérdida de una oportunidad de negocio que el afectado hubiera ejecutado con un tercero, siempre que el contratante incumplidor le hubiera pagado oportunamente el precio.¹⁹⁵⁵

Por último, el artículo 9:509, se refiere a la indemnización pactada para el caso de incumplimiento¹⁹⁵⁶ (usualmente llamada en el Derecho continental cláusula penal).¹⁹⁵⁷ En el caso de que se hubiera estipulado una pena para el caso de incumplimiento de alguna de las partes, ésta deberá pagar la suma de dinero pactada al afectado, el que la recibirá con prescindencia de si sufrió o no un daño o perjuicio. La novedad es que dicha suma de dinero puede ser reducida a una cifra más razonable, cuando resultara manifiestamente excesiva en proporción al perjuicio causado por el incumplimiento, atendidas las circunstancias del caso particular.¹⁹⁵⁸

La determinación convencional de los perjuicios, anticipadamente por los contratantes, sea en el mismo contrato o en un acto posterior, siempre que se fije antes que se produzcan los daños, presenta varias ventajas: principalmente se evitan los costes

¹⁹⁵⁵ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., págs. 666–667.

¹⁹⁵⁶ En el *common law* las penas son de dos claes: (i) *penalti clauses* y (ii) *liquidated damages*. Las primeras son ineficaces, pues se trata de cláusulas “*in terrorem*”, con la finalidad de obligar al deudor a cumplir con su deber; en cambio, las segundas, son cláusulas de estimación de daño, cuyo objetivo es determinar anticipadamente las posibles pérdidas que produzca el incumplimiento contractual, no pudiendo ser modificadas. Para determinar cuando estamos frente a una y otro existe un criterio: si el monto de la indemnización es excesivo, se trata de una cláusula penal (caso *Dumlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* de 1915. Cfr.: *Ibidem*, pág. 675.

¹⁹⁵⁷ En este sentido, se impuso el *civil law* por sobre el *common law*. Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 132.

¹⁹⁵⁸ En cuanto a la moneda en que se deben pagar la indemnización de daños y perjuicios. El artículo 9:510, dispone que: “Los daños y perjuicios se calcularán en la moneda que refleje con mayor precisión las pérdidas sufridas por el lesionado”. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, pág. 36.

y el tiempo que demore la acreditación de los perjuicios no fijados.¹⁹⁵⁹ Si la determinación de la pena resultare manifiestamente excesiva,¹⁹⁶⁰ el juez tiene la facultad para reducir la suma establecida, incluso cuando al momento de contratar, la cantidad acordada aparecía como razonable.¹⁹⁶¹

Por último, el art. 9:510 dispone que: “Los daños y perjuicios se calcularán en la moneda que refleje con mayor precisión las pérdidas sufridas por el lesionado”.¹⁹⁶²

3.2.3.6.– REDUCCIÓN DEL PRECIO.

En caso de existir un incumplimiento injustificado, procede la acción de reducción del precio, de origen romano (“*actio quanti minoris*”), consagrada en el artículo 9:401 de los *PECL* (“Derecho a reducir el precio”), que dispone: “(1) Quien es parte en el contrato y acepta una oferta de cumplimiento no conforme con el mismo puede reducir el precio. Esta reducción será proporcional a la diferencia entre lo que haya disminuido el valor de la prestación en el momento en que se produjo el ofrecimiento y el valor que hubiera tenido en ese momento un ofrecimiento conforme. (2) La parte que tiene derecho a reducir el precio conforme al apartado anterior y que ya hubiera pagado una suma superior a dicho precio, puede recuperar el exceso

¹⁹⁵⁹ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Op. Cit., pág. 671.

¹⁹⁶⁰ En los países del *civil law* se encuentra ampliamente reconocida esta facultad. Así, se pronuncian el “[...] *ABGB* austríaco § 1336 (2); Ley de contratos danesa, finlandesa y sueca, § 36; *BW* neerlandés, art. 6:94; CC italiano art. 1348; CC francés y luxemburgués, art. 1152 (2); CC griego, art. 409, incluso si las partes hubieran pactado otra cosa; y *BGB* alemán § 343. No obstante, en Alemania y Austria, las penas o pagos pactados en los contratos mercantiles no pueden reducirse, ver *HGB* § 348”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 674.

¹⁹⁶¹ Cfr.: *Ibidem*, págs. 671–672.

¹⁹⁶² Cfr.: *Ibidem*, pág. 675. En este sentido, se ha dicho que: “Ante la inmensa variedad de hechos que rodean el desarrollo de los negocios mercantiles, generalmente no es posible determinar con precisión la moneda más adecuada para compensar a la parte perjudicada”. *Ibidem*, págs. 676–677.

reclamándose a la otra parte. (3) La parte que reduce el precio no puede obtener al mismo tiempo una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero sigue teniendo derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de cualesquiera otras pérdidas que haya sufrido y que deban repararse conforme a la sección 5 de este capítulo”.¹⁹⁶³

Es común que los sistemas modernos contemplen a esta clase de remedio, usualmente a propósito de la compraventa, arrendamiento y contrato de obra. Con todo, él no aparece en los Principios *UNIDROIT*.¹⁹⁶⁴

3.2.4.– ALGUNAS CONCLUSIONES.

Aun cuando sea un texto doctrinario, es indudable la influencia que han tenido los *PECL*, ya que, como se dijo, han sido aplicados por tribunales nacionales como si se tratase de leyes positivas. Con ello se cumple su pretendido afán de crear una superestructura en materia de contratos, sobre la base de los principios de autonomía de la voluntad y buena fe contractual. Los *PECL* se enmarcan dentro del proceso de unificación del Derecho europeo de las obligaciones, a diferencia de la CV que tiene carácter internacional. Lo anterior, sin embargo, no le resta mérito toda vez que, al igual que la CV amalgama elementos propios del *common law* con nociones del *civil law*, manifestando, creo, una preferencia por el primero.

Los *PECL* se asemejan a los *Restatements* norteamericanos, pero, a diferencia de éstos, aquéllos no constituyen una ley vigente. Me permito en este punto efectuar la

¹⁹⁶³ Cfr.: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>, págs. 30–31.

¹⁹⁶⁴ Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 126.

siguiente reflexión: ¿de qué sirven los trabajos que todos estos grupos de profesores de Derecho hacen, sino son incorporados como leyes internas de los estados europeos? En USA, estos esfuerzos académicos son aplicados por los tribunales de justicia, e incorporados como leyes escritas en los estados en que existe Derecho escrito.

Además, los *PECL*, frente al incumplimiento contractual, consagran los cinco remedios que plantea la doctrina moderna: (1) el cumplimiento forzoso; (2) la resolución del contrato; (3) la suspensión de cumplimiento de su prestación; (4) la indemnización de daños y perjuicios y (5) la reducción del precio. Si el incumplimiento se justifica, no se aplica la indemnización de daños y perjuicios y el cumplimiento forzado de la obligación. Creo que estos constituyen los remedios que deberían ser recepcionados en una futura modificación al Derecho español de las obligaciones. Aun cuando le daría una orientación distinta (v. gr., en lo que atinge al criterio objetivo de determinación del incumplimiento).

Los *PECL* se refieren, al igual que la CV, al incumplimiento esencial, con prescindencia de las nociones de buena fe, culpa o dolo, etc. Nuevamente, en este punto, estimo que en el último tiempo ha existido un abuso por parte de la doctrina y jurisprudencia del principio de la autonomía de la voluntad, aun cuando en el caso de los *PECL* no es tan marcada y, en mi opinión, en ellos la buena fe goza de un mayor estatus que la autonomía de la voluntad (el artículo 1: 102 (1), habla de la libertad de los contratantes para celebrar los negocios que estimen pertinentes, siempre que “respeten” la buena fe).

Me permito en este punto hacer unos comentarios en torno a la autonomía de la voluntad. Ésta, en mi opinión, no constituye la piedra angular del Derecho obligacional, aun cuando resulta clara su relevancia. En doctrina, se le reconoce un cierto predominio

a la autonomía privada¹⁹⁶⁵ en materia de obligaciones y contratos, aun cuando también es cierto que ella se ve limitada¹⁹⁶⁶ por varias nociones.¹⁹⁶⁷ En este sentido, se ha dicho que “[...] actualmente el principio de la autonomía privada en materia de contratos ha experimentado unas marcadas limitaciones [...]”,¹⁹⁶⁸ e, incluso, se habla de su “declive”.¹⁹⁶⁹ Así también lo ha señalado la jurisprudencia, (STS de 2 de abril de 1946).¹⁹⁷⁰ Por otra parte, se ha dicho que: “Este art. 1091 está subordinado a las demás

¹⁹⁶⁵ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que: “En una lectura aislada del art. 1091 CC, puede llegar a pensarse que rige en nuestro sistema una autonomía privada carente de cualquier límite o control. El art. 1091 CC impone la vinculación derivada de lo pactado, sin que lo pactado se someta a ninguna clase de regulación. [...] Obviamente, esta conclusión resulta absolutamente errónea y queda desmentida por el propio Código Civil que establece criterios que someten lo pactado a determinados límites y que vinculan a las partes más allá de lo pactado”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 7983.

¹⁹⁶⁶ En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA señala que: “Es así, en consecuencia, que las nuevas circunstancias ponen de manifiesto cual es la labor que se gira a cargo de los juristas y del legislador en lo que afecta a este punto: la necesidad, primero, de detectar donde tienen lugar los fallos o quiebras de la autonomía privada, y segundo, la de fijar los límites de la misma y su alcance, de manera que el sistema no se torne en contra de los propios instrumentos (el contrato y la autonomía privada) y se asegure la igual protección de los que intervienen en la contratación (o, cuando menos, la igualdad de oportunidades)”. GETE-ALONSO Y CALERA, *Estudios sobre el contrato*, Op. Cit., pág. 97. Cfr.: ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., págs. 558–559 y 568; HERNÁNDEZ FRAGA, K. y GUERRA COSME, D.: “El principio de la autonomía de la voluntad contractual. Sus límites y limitaciones”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Universidad de Cienfuegos, n° 6, junio 2012. En <<http://www.eumed.net/>>, págs. 27–46; LEYVA SAAVEDRA, J.: “Autonomía privada y contrato”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 4–5, n° 6 y n° 7 / 2010–2011. En <<http://www.pj.gob.pe/>>, págs. 267–290.

¹⁹⁶⁷ DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, *Diccionario de Derecho civil*, Op. Cit., pág. 152.

¹⁹⁶⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Op. Cit., pág. 686. Cfr.: MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Op. Cit., págs. 38 y ss.

¹⁹⁶⁹ En este sentido, y aun cuando se trate de una materia especial, *vid.*: el número II del artículo de HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, titulado “La autonomía de la voluntad como fuente normativa de las relaciones arrendaticias rústicas a la luz de la nueva regulación”, cuyo epígrafe es “Declive del dogma de la autonomía de la voluntad como fuente de las relaciones arrendaticias: hacia un nuevo Derecho social arrendaticio. Cfr.: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “La autonomía de la voluntad como fuente normativa de las relaciones arrendaticias rústicas a la luz de la nueva regulación”, *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Wolters Kluwer España, S. A., Madrid, 2006, pág. 60.

¹⁹⁷⁰ Cfr.: CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2003, pág. 36. Al respecto, *vid.* también: STS de 5 de diciembre de 2003, (RJ/2003/8640), STS de 11 de diciembre de 2002, (RJ/2002/10737), STS de 11 de febrero de 2002, (RJ/2002/3107), STS de 7 de julio de 2000, (RJ/2000/6679), STS de 19 de septiembre de 1997, (RJ/1997/6409), STS de 14 de julio de 1993, (RJ/1993/5804), STS de 6 de febrero de 1989, (RJ/1989/669), STS de 30 de enero de 1989, (RJ/1989/159), STS de 20 de junio de 1985, (RJ/1985/3302), SAP de Cáceres, de 19 de diciembre de 2013, (AC/2013/172), SAP de Barcelona, de 10 de marzo de 2009, (AC/2009/1333), SAP de Zaragoza,

disposiciones legales sobre la materia, particularmente el art. 1258 (S. 23 mar. 1929) [...]”.¹⁹⁷¹ Además, se debe indicar que la autonomía de la voluntad está dispuesta para un sistema económico de competencia perfecta, el cual, quizás, nunca ha existido.¹⁹⁷²

En la economía social de mercado,¹⁹⁷³ el contrato es fruto de la autonomía de la voluntad y la ley, es decir, se presenta como una simbiosis entre las voluntades privadas, predominantemente egoístas, y la ley, directamente protectora del interés social.¹⁹⁷⁴ Asimismo, el contenido social del negocio,¹⁹⁷⁵ autoriza la intervención judicial,¹⁹⁷⁶ en los casos en que no vulnere el interés colectivo.¹⁹⁷⁷ En consonancia con lo anterior, para MELICH ORSINI, ello se opone a una “concepción individualista” del

de 20 de octubre de 2003, (JUR/2003/1408), SAP de Sevilla, de 18 de julio de 1995, (AC/1995/1408), SAP de Zaragoza, de 13 de diciembre de 1994, (AC/1994/2123), SAP de Zaragoza, de 21 de junio de 1993, (AC/1993/1335), SAP de Valencia, de 10 de febrero de 1993, (AC/1993/706).

¹⁹⁷¹ Cfr.: SANTOS BRIZ, *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Op. Cit., pág. 521.

¹⁹⁷² Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., pág. 331.

¹⁹⁷³ En Italia, así lo expresa ZOPPINI, quien señala: “*L’autonomia contrattuale genera l’iniziativa economica e, quale potere di dettare regole per se medesimo, non può esprimersi senza la possibilità d’una scelta che consenta alla domanda e all’offerta di chiudersi in un accordo*”. ZOPPINI, A.: “Capitolo II. Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza”, *Diritto civile*, vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale, Nicolò Lipari, Pietro Rescigno y Andrea Zoppini, (Coord.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, pág. 55.

¹⁹⁷⁴ En este sentido, BIANCA señala que: “El reconocimiento de la libertad del individuo se inserta hoy en una concepción del ordenamiento que se inspira en el valor prevaleciente de la solidaridad social, como valor de fondo de nuestra Constitución”. BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., págs. 53–54.

¹⁹⁷⁵ Cfr.: RINESSI, *Contratos*, T. I, Parte General. Atipicidad – consentimiento – capacidad contractual – causa – prueba – efectos – evicción – interpretación – responsabilidad civil. Anexo jurisprudencial, Op. Cit., págs. 42–44.

¹⁹⁷⁶ En el Derecho argentino, COMPAGNUCCI DE CASO expresa lo que sigue: “Tal como ya observamos este principio jurídico, que es una consecuencia del racionalismo kantiano de libertad absoluta, aparece mitigado por la tendencia socializadora [...]”. COMPAGNUCCI DE CASO, *Manual de obligaciones*, Op. Cit., pág. 13.

¹⁹⁷⁷ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., págs. 337–338.

contrato.¹⁹⁷⁸

La noción individualista del contrato, supone que, en la actualidad, muchos analicen a la autonomía privada, desde una perspectiva “dogmática”,¹⁹⁷⁹ dogma que sostiene al sistema de economía social de mercado,¹⁹⁸⁰ y que ha significado, en mi opinión, v. gr., el intento por hacer desaparecer de la vida jurídica a la teoría de la causa.¹⁹⁸¹ En este sentido, señala DE BUEN LOZANO lo siguiente: “Creemos que el principio o dogma de la autonomía de la voluntad constituye, jurídicamente hablando, el reflejo de una tendencia pero en absoluto ha merecido quedar consagrado de manera expresa, sino de modo implícito, en cada una de las normas legales aplicables las que, por el contrario, sí señalan categóricamente las limitaciones a ese principio”.¹⁹⁸² Asimismo, LACRUZ critica la falta de libertad e igualdad en la autonomía contractual.¹⁹⁸³ Desde este punto de vista, la doctrina señala que los contratantes no son titulares de una libertad absoluta,¹⁹⁸⁴ pues se encuentran limitadas por las leyes, la moral

¹⁹⁷⁸ Cfr.: MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Op. Cit., pág. 33. Este autor señala, al respecto, lo siguiente: “En la concepción clásica o, si se prefiere decir, liberal e individualista del contrato, este poder de darse la propia ley se vincula a la voluntad como fenómeno psicológico y a la idea de la libertad para disponer de sus propios actos”. *Ídem*.

¹⁹⁷⁹ Al respecto, *vid.*: MULCAHY, L. y TILLOTSON, J.: *Contract law in perspective*, 4th edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2004, págs. 31–42.

¹⁹⁸⁰ Cfr.: DE BUEN LOZANO, *La decadencia del contrato. Con un Apéndice «veinte años después»*, Op. Cit., pág. 209.

¹⁹⁸¹ Al respecto, *vid.*: MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)”, *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Wolters Kluwer España, S. A., Madrid, 2006, págs. 283–303.

¹⁹⁸² DE BUEN LOZANO, *La decadencia del contrato. Con un Apéndice «veinte años después»*, Op. Cit., pág. 212.

¹⁹⁸³ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., págs. 331–332. En este sentido, agregan estos autores que: “El que posee el capital, el que posee las fuerzas naturales y las guía, no está en situación de igualdad para contratar con el obrero al que emplea individualmente, ni, por lo demás, con el consumidor al que vende sus productos”. *Ibidem*, pág. 332.

¹⁹⁸⁴ En este sentido, BERNARD MAINAR señala que: “Así es, la concepción clásica liberal del contrato ha dado paso a una más social, donde se cuestiona el poder absoluto e incondicionado de la voluntad de las partes [...]”. BERNARD MAINAR, R.: *Derecho civil patrimonial. obligaciones*, revisado y actualizado, T.

y el orden público (art. 1255 CC¹⁹⁸⁵).¹⁹⁸⁶ Además, la autonomía privada se encuentra limitada por la buena fe, cuyo objetivo, desde este punto de vista, es “modelar” el consentimiento de los contratantes (art. 1258 CC).¹⁹⁸⁷ Igual opinión ha consagrado la jurisprudencia.¹⁹⁸⁸ En este sentido, la SAP de Badajoz, de 20 febrero 2006, dispone que: “[...] las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales del contrato, por considerarse que respondían al correcto funcionamiento de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la Ley de Represión de la usura, de 1908 o de los límites de la voluntad contractual del artículo 1255 de CC [...]”.¹⁹⁸⁹

En síntesis, el negocio jurídico, en forma preponderante se rige por el derecho voluntario. Con todo, el Estado fija, usualmente, algunas limitaciones¹⁹⁹⁰ conforme a la

III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, pág. 22. Cfr.: *Ibídem*, pág. 30.

¹⁹⁸⁵ Así, STS de 14 de enero de 1985, (RJ/1985/173), dispone que: “Que las nuevas exigencias sociales y económicas, así como la necesidad de tutelar determinados intereses precisados de especial protección, ha dado vida a nuevas figuras contractuales en las que a la par que se limita el libre juego del principio de autonomía de la voluntad, se determina en mayor o menor grado su contenido [...]”. Cfr.: <www.aranzadigital.es>. Por su parte, la SAP de Asturias, de 19 de febrero de 1993, dispone que: “El art. 1255 del Código Civil consagra en nuestro Derecho civil común amplia libertad para que en los contratos puedan establecer las partes [...]”. SAP de Asturias, de 7 de abril de 1993, (AC/1993/530). *vid.* también: STS de 12 de julio de 2004, (RJ/2004/4342), SAP de Madrid, de 2 de abril de 2007, (AC/2007/1563), SAP de Huelva, de 30 de mayo de 2002, (AC/2002/1159), SAP de Málaga, de 16 de septiembre de 1999, (AC/1999/7069).

¹⁹⁸⁶ Al respecto, *vid.*: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 9016–9017; LARGO TABORDA, *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Op. Cit., págs. 26 y ss.

¹⁹⁸⁷ Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 7983–7984.

¹⁹⁸⁸ Así, la STS de 25 de febrero de 1994, (RJ/1994/1196), dispone que: “[...] los contratos han de ser calificados conforme a las obligaciones que en ellos se establecen sin sujetarse a derivaciones ideológicas subjetivas y casi siempre parciales y la prohibición administrativa que en ese caso, eventualmente, pueda comportar supondrá o no una sanción de ámbito distinto de la esfera civil, en la que los arts. 1089, 1255, 1256 y 1258 CC imponen un respeto al compromiso simbolizado en el aforismo «*pacta sunt servanda*»”. Cfr.: *Ibídem*, pág. 7985.

¹⁹⁸⁹ SAP de Badajoz, de 20 de febrero de 2006, (AC/2006/2039).

¹⁹⁹⁰ Cfr.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op. Cit., pág. 1441.

tendencia política que impere en un momento determinado (Derecho social).¹⁹⁹¹ Además, el propio art. 1255 CC establece ciertas limitaciones¹⁹⁹² como la moral.¹⁹⁹³ En este sentido, el artículo 1275 CC dispone que: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es lícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.¹⁹⁹⁴

Por último, el artículo 1: 102 (1) de los *PECL* resulta del todo interesante, pues, como se dijo, subordina la autonomía de la voluntad al principio de la buena fe, por ello, estimo que éste puede ser el modelo a seguir en el sistema español, constituyendo uno de los mejores esfuerzos de armonización y uniformación del Derecho europeo de las obligaciones.

¹⁹⁹¹ En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS señala que: “[...] la concepción social del mismo [del contrato] opone a dicha doctrina [individualista] estas dos proposiciones: que el contrato no sólo puede obligar en lo que alcanza la libertad contractual, sino en la medida a que alcanza la confianza de la otra parte en la declaración (teoría de la confianza), y que los contratos no son absolutamente obligatorios en todo aquello a que la voluntad contractual se extiende, sino que, por varias razones, pueden ser no obligatorios en algunas de sus cláusulas (limitaciones de la libertad contractual)”. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 543.

¹⁹⁹² En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS señala que: “El Derecho actual ha destacado, como una conquista más de la jurisprudencia, en su incesante evolución, la llamada función social del Derecho [...]”. ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”, Universidad de Murcia, s/f. En <<http://www.revistas.um.es/>>, pág. 9. Cfr.: ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”, *Cien estudios jurídicos del profesor Dr. Diego Espín Cánovas. (Colección seleccionada desde 1942 a 1996)*, T. I, Prólogo de Antonio Pau Pedrón, Presentación por Juan José Pretel Serrano, Secc. D, autonomía de la voluntad y sus límites, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 179.

¹⁹⁹³ En este sentido, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ expresa lo siguiente: “La moral constituye un concepto de contornos poco definidos, que no permite una definición concreta y que se halla en relación con las convicciones éticas que posee, en determinado momento, una determinada comunidad”. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de contratos*, Op. Cit., pág. 36. Cfr.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, 2001, Op. Cit., pág. 1229.

¹⁹⁹⁴ Cfr.: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, 2008, Op. Cit., pág. 542.

3.3.– EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (*THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*).¹⁹⁹⁵

3.3.1.– ANTECEDENTES.

En el marco del proceso de armonización y unificación¹⁹⁹⁶ del Derecho europeo de los contratos, aparecen, en el último tiempo, según la opinión general de la doctrina, dos hitos relevantes: la aprobación de la Directiva 2011/83/EU sobre derecho de los consumidores y la publicación del proyecto de Reglamento sobre un Derecho común de la compraventa (1º de julio de 2010), usualmente llamado “Instrumento Opcional”.¹⁹⁹⁷ Conforme al Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo, en materia de consumo y Derecho de las empresas, que sustentaría un Marco Común de Referencia (*DCFR*),¹⁹⁹⁸ preparado por *CoPECL*¹⁹⁹⁹ y revisado por

¹⁹⁹⁵ Al respecto, *vid.*: THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW: vol. I, Op. Cit., págs. 261–265.

¹⁹⁹⁶ *Vid.*: GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La unificación del Derecho civil patrimonial europeo”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, J. M. González Porras y F. P. Méndez González (Coords.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 1787–1810.

¹⁹⁹⁷ Al respecto, *vid.*: FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Optando por la normativa común de compraventa europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, en <www.reei.org>, págs. 1–21.

¹⁹⁹⁸ En este sentido, VON BAR señala que: “*And there are, on our side, other connected with the drafting of a «Common Frame of Reference». One is that for the first time for approximately 200 years students from all over Europe could be taught parts of the law in all European universities on the basis of an identical text. Whether they go to Uppsala, Edinburgh, Budapest or Amsterdam, they could be sure that for at least one or two terms they would study there exactly what they would have studied at home*”. VON BAR, C.: “A Common Frame of Reference for European Private Law—Academic Efforts and Political Realities”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, pág. 38.

¹⁹⁹⁹ En este sentido, RUTGERS señala que: “Como es sabido, el *DFCR* se elaboró fruto de la colaboración entre un grupo de profesores universitarios —la *Joint Network on European Law (CoPECL)*—, por invitación de la Comisión Europea y ha sido financiada dentro del 6.º Programa de Investigación de la Red”. RUTGERS, J. W.: “Capítulo 11. “Los contratos de agencia, franquicia y distribución en el *DCFR*”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 312.

un Grupo de Trabajo creado el 26 de abril de 2010,²⁰⁰⁰ encargado de revisar y elegir aquellas partes que, directa o indirectamente, se relacionen con el Derecho de los contratos.²⁰⁰¹ Por otra parte, se le encomendó reestructurar y completar las normas seleccionadas. Poco más de un año de trabajo, en agosto de 2011, se dio a conocer la “*Feasibility Study on a future initiative on European contrac law*”, (en adelante FS), que más tarde vendría a constituir el Instrumento Opcional.²⁰⁰²

El Proyecto del MCR se debe a las comunicaciones de la Comunidad Europea y a las resoluciones del Parlamento,²⁰⁰³ a partir de la Comunicación de 2001 sobre el derecho contractual europeo.²⁰⁰⁴ En 2003, la Comisión presentó un Plan de Trabajo, mediante la dictación de la Comunicación de 12 de febrero de 2003,²⁰⁰⁵ cuya finalidad era incrementar la armonía en materia de derecho contractual europeo.²⁰⁰⁶ Esta

²⁰⁰⁰ En este sentido, VAQUER ALOY señala que: “El Marco Común de Referencia [...], con una denominación creada *ad hoc* y que no se identifica con el instrumento codicial, expresamente rechazado por la Comisión Europea, carece de entrada de ese atractivo”. VAQUER ALOY, A.: “Capítulo 9. El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 240.

²⁰⁰¹ El MCR fue planteado por la Comisión Europea en 2003, como una de las maneras de superar la diversidad jurídica existente en Europa. Cfr.: MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Op. Cit.*, págs. 683–684.

²⁰⁰² Cfr.: VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P.: “Prólogo”, *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, Antoni Vaquer Aloy; Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González (Coords.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pág. 71.

²⁰⁰³ Al respecto, *vid.*: MEDINA ORTEGA, “El Derecho patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, *Op. Cit.*, págs. 84–87.

²⁰⁰⁴ En este sentido, ARROYO I AMAYUELAS expresa lo siguiente: “En la redacción del citado MCR están implicados varios grupos de investigación, integrados por juristas de distintos países, que cuentan con la financiación que ofrece la red de excelencia «CoPECL», que los agrupa a todos”. ARROYO I AMAYUELAS, “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, Prólogo, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. I, enero–marzo 2008, *Op. Cit.*, pág. 211.

²⁰⁰⁵ Cfr.: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, *Op. Cit.*, pág. 66.

²⁰⁰⁶ En este sentido, DE LA CUESTA RUTE señala que: “El proyecto es el fruto de un «plan de acción» establecido por la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003”. DE LA CUESTA RUTE, J. M^a.: “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en

Comunicación introdujo la idea de “marco de referencia”, debiendo presentar el mejor elenco de conceptos abstractos y reglas comunes. Por su parte, la Comunicación de 11 de octubre de 2004, llamada “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, determina como se construirá un marco común de referencia.²⁰⁰⁷ La primera versión de MCR apareció en 2007, en 2009²⁰⁰⁸ se publica la segunda versión de los mismos.²⁰⁰⁹ Posteriormente, se editó una *full edition*, que consta de seis tomos, un comentario y algunas notas en torno a los derechos nacionales.²⁰¹⁰ El MCR²⁰¹¹ no tiene por finalidad ser un código,²⁰¹² sino que, por el contrario, y como indica su nombre servir de “referencia”²⁰¹³ académica²⁰¹⁴ para la dictación de sentencias

Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Eduardo Valpuesta Gastaminza (Coord.), Ed. Bosch, S. A., 2011, pág. 23.

²⁰⁰⁷ Cfr.: VAQUER ALOY, “Capítulo 9. El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 240–241.

²⁰⁰⁸ Para los autores EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN: “A comienzo del año 2008 cuando se presentó el Proyecto de un marco común de referencia para el Derecho privado europeo”. EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H. C.; JANSEN, N.; WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R.: *El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. (Cuestiones valorativas y problemas legislativos)*, Traducc. de Bruno Rodríguez–Rosado, ADC, T. LXII, fasc. IV, Madrid, 2009, pág. 1461. Cfr.: MELI, M.: “Proposta di Regolamento – Diritto comune europeo della vendita”, *Le nuove legi civil commentate*, anno XXXV, n° 1 gennaio–febbraio 2012, Wolters Kluwer Italia S. R. L., Centro Direzionale Milanofiori, Milano, 2012, pág. 191.

²⁰⁰⁹ Al respecto, *vid.*: REDONDO TRIGO, “De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIII, Fasc. IV, octubre–diciembre 2010, Op. Cit., pág. 1662.

²⁰¹⁰ Cfr.: DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 24–25.

²⁰¹¹ El MCR es, en palabras de LEIBLE: “[...] sobre todo un documento accesible al público que ayudaría a los organismos comunitarios a configurar de forma coherente el Derecho privado europeo existente y futuro en el marco del Derecho europeo de los contratos. Y parece que el Consejo tiene en estos momentos unas ideas parecidas”. LEIBLE, S.: “El Marco Común de Referencia y la elección del Derecho aplicable”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. VIII, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008, pág. 484.

²⁰¹² En este sentido, ZIMMERMANN señala que: “*The DCFR is supposed to mark the apogee of all European legal harmonization efforts*”. ZIMMERMANN “The Present State of European Private Law”, *The American Journal of comparative law*, vol. 57, n° 2, Op. Cit., pág. 490.

²⁰¹³ En este sentido, MEDINA ORTEGA señala que: “En 2004 la Comisión se pronuncia a favor de un instrumento no vinculante, es decir, de Derecho indicativo. El MCR sería sólo una «herramienta para presentar propuestas de mejora de la cantidad y calidad del acervo actual y de los futuros instrumentos jurídicos en el ámbito del Derecho contractual»”. MEDINA ORTEGA, “El Derecho patrimonial europeo en

y leyes en el ámbito que indica,²⁰¹⁵ aun cuando no se sabe en que clase de fuente formal se convertirá.²⁰¹⁶ Además, podría ampliarse el radio de acción del MCR y no sólo acotarlo a la materia que se refiere (Derecho del consumo).²⁰¹⁷

Los principales fines del llamado Marco Común de Referencia son: elaborar un conjunto de reglas jurídicas coherentes y armónicas, que puedan servir de modelo²⁰¹⁸ para la dictación de leyes nacionales en el ámbito europeo,²⁰¹⁹ y servir de base²⁰²⁰ para

la perspectiva del Programa de Estocolmo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, Op. Cit., pág. 85.

²⁰¹⁴ En este sentido, ARROYO I AMAYUELAS expresa lo siguiente: “[El MCR], cuyos objetivos son la definición precisa de los términos jurídicos, la enunciación de principios fundamentales y la formulación de reglas del Derecho de contratos inspiradas tanto en el *acquis communautaire* como en las regulaciones de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados Miembros”. ARROYO I AMAYUELAS, “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, Prólogo, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. I, enero-marzo 2008, Op. Cit., pág. 211.

²⁰¹⁵ En este sentido, DE LA CUESTA RUTE expresa lo siguiente: “El proyecto de marco de referencia se expresa mediante principios, normas y definiciones. Y, aunque los principios se recogen en lo que en un texto normativo propiamente dicho constituiría su exposición de motivos o preámbulo y las definiciones en un anexo, lo cierto es que, careciendo por ahora de valor normativo y situados en el contexto del proyecto, hay que conceder la misma importancia a las tres categorías de principios, normas y definiciones”. DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 31.

²⁰¹⁶ En este sentido, VAQUER ALOY señala que: “En primer lugar, hay que tener muy en mente que lo que se ha presentado a la Comisión y al debate público no es más que el llamado «CFR académico», esto es, el documento elaborado por la red *CoPECL*, y que no tiene por qué ser adoptado en bloque por la Comisión. Es evidente que el «CFR académico» sobrepasa los límites del encargo concebido por la Comisión originariamente, aunque eso ya se sabía desde un principio”. VAQUER ALOY, “Capítulo 9. El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 245. Con relación al carácter “académico” del MCR, *vid.*: DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 28–29.

²⁰¹⁷ *Cfr.*: VAQUER ALOY, “Capítulo 9. El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 243–244.

²⁰¹⁸ En este sentido, EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN señalan que: “[...] el Parlamento europeo promueve desde hace ya tiempo la adopción de un texto de referencia *ratione imperii*, es decir, una vía de una codificación europea del Derecho civil”. EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN, *El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. (Cuestiones valorativas y problemas legislativos)*, Op. Cit., pág. 1464.

²⁰¹⁹ El MCR tiene una tendencia omnicompreensiva, por cuanto se refiere a todo el Derecho contractual privado. *Cfr.*: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 17. El ámbito de regulación del futuro «derecho contractual europeo». De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que

la dictación de un texto común, de carácter facultativo, en materia de contratos.²⁰²¹ En este sentido, el MCR se ha tratado de definir como un conjunto de reglas (principios) modelo²⁰²² en materia de derecho contractual,²⁰²³ permitiendo superar los defectos de la actual regulación en esta materia.²⁰²⁴ El MCR, a diferencia de los *PECL*, tiene una marcada tendencia neoliberal,²⁰²⁵ mientras los *PECL* presentan una tendencia más

incluya relaciones con consumidores”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 407.

²⁰²⁰ Para GÓMEZ GÁLICO tres son los objetivos del MCR: “[...] a) Elaborar los principios fundamentales del Derecho privado europeo. b) Dar definiciones de ciertos términos legales claves. c) Establecer reglas de derecho contractual que sirvan de modelo, tanto reglas generales como reglas específicas para determinados contratos”. GÓMEZ GÁLICO, “Capítulo 25. La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 526–527.

²⁰²¹ Cfr.: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 228.

²⁰²² En este sentido, DE LA CUESTA RUTE señala que: “El contenido del *DCFR* es expresivo de la ambición que subyace a su concepción, que parece muy próxima a la de sentar las bases no ya sólo de un derecho contractual europeo, subrayando el propósito unificador de esa parte del derecho privado, sino mucho más todavía de una unificación del derecho general del tráfico patrimonial propio en nuestros días de los países miembros de la Unión Europea”. DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 25.

²⁰²³ En este sentido, DÍAZ ROMERO señala que: “El *DCFR* es un texto académico en el que se exponen los resultados de un gran proyecto de investigación europeo que invita a la reflexión, promueve el conocimiento del Derecho Privado europeo y muestra un análisis comparativo de los ordenamientos jurídicos europeos que parten de una base común, y pueden aportar soluciones a los problemas y dudas jurídicas que se plantean ante los tribunales europeos y organismos oficiales encargados de armonizar y modernizar los Derechos nacionales y construir un Derecho Privado europeo”. DÍAZ ROMERO, M^a. del R.: “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Presidente), N^o 721, Sep.–Oct. 2010, Madrid, 2010, pág. 2285.

²⁰²⁴ Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 96.

²⁰²⁵ En contra se pronuncia DE LA CUESTA RUTE, quien expresa lo siguiente: “De este modo podemos decir que el *DCFR* se aparta del *Law&Economics*, sin que ello signifique que se olvide de valorar los efectos económicos de los demás principios y de las normas respecto tanto de lo que las partes de la relación obligatoria persiguen como de lo que concierne al interés público. Por ello, sin duda, el borrador o proyecto se hace objeto de crítica por los partidarios del análisis económico del derecho”. DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 32. Al

social.²⁰²⁶ Así, el MCR, a diferencia de los *PECL*,²⁰²⁷ limita el accionar de la buena fe, además, su ámbito de aplicación se restringe a los contratos de consumo. Asimismo, se limita la revisión de las cláusulas abusivas.²⁰²⁸ El MCR, según la doctrina española, no constituye un trabajo que haya logrado superar las objeciones y defectos de los *PECL*, pues, no sólo plantea soluciones ambiguas y vagas,²⁰²⁹ sino que, además, por ser únicamente un “marco de referencia”, cuya finalidad es orientar la solución jurisprudencial,²⁰³⁰ pero que en ningún caso resulta obligatorio para el juez.²⁰³¹ Con

respecto, *vid.* también: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 79–80.

²⁰²⁶ Aunque, para DE LA CUESTA RUTE, lo que se patrocina es el “estado de bienestar”, en efecto, señala este autor que: “No deja de ser curiosa esta preocupación por la vinculación con los derechos humanos una vez que precisamente se achaca al proyecto dejar al margen el objetivo político de promover las metas que deben proponerse como comunes que han de ser para los ciudadanos europeos. De todas maneras, en esta cuestión van implícitos dos aspectos por completo diferentes, que no obstante tienden a confundirse por los patrocinadores del «Estado de Bienestar»”. DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 34.

²⁰²⁷ La buena fe se encuentra consagrada en los *PECL* como una regla de interpretación [art. 1:106 (1)] y como una regla de conducta [art. 1:102 (1)]. *Cfr.*: STORME, M. E.: “Good faith and contents of contracts in European private law”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 22. *Cfr.*: CHAMORRO POSADA, M.: “Diligencia y responsabilidad contractuales por error en el abono en cuenta corriente bancaria [un apunte sobre la buena fe en el derecho contractual europeo]”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 31–39.

²⁰²⁸ *Cfr.*: GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 170.

²⁰²⁹ En este sentido, CASTILLA BAREA señala que: “Entiendo que el resultado, [la incorporación de los *DRAFT* en el sistema jurídico español] por tanto, no mejoraría demasiado la actual situación de dispersión normativa y los problemas que ella suscita [...]”. CASTILLA BAREA, M.: “La unificación de los diversos regímenes de saneamiento poros y vicios ocultos y falta de conformidad de los bienes vendidos: ¿una cuestión pendiente en materia de compraventa?”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Colección Monografías de Derecho civil, II. Obligaciones, M^a. del Carmen Gómez Laplaza (Coord.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2012, pág. 95.

²⁰³⁰ En este sentido, SCHULZE señala que: “El MCR persigue la finalidad de crear una nueva sistemática del Derecho de contratos y, además, una Parte general para el Derecho contractual comunitario”. SCHULZE, “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 58.

²⁰³¹ *Cfr.*: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto*

todo, pienso que constituye un notable esfuerzo por sentar las bases para una futura regulación en materia de contratos en Europa.²⁰³² Además, los fines que se propuso eran inicialmente modestos, pues, es un marco referencial de carácter facultativo (*soft law*),²⁰³³ en el cual los legisladores se pudieran inspirar²⁰³⁴ y ser usado como *ratio scripta* o *ius commune*.²⁰³⁵ Este instrumento, estaba listo en 2007,²⁰³⁶ y su redacción estuvo a cargo de un grupo de juristas, que se reunieron en dos secciones:²⁰³⁷ el “*Study Group on a European Civil Code*” (“*Study Group*”),²⁰³⁸ y el “*Research Group on EC Private*

del Grupo de Pavía, Op. Cit., pág. 45.

²⁰³² Aun cuando algunos autores han alabado el MCR. En este sentido, ARROYO I AMAYUELAS expresa lo siguiente: “[La publicación del MCR] evidencia la rápida evolución que ha experimentado el Derecho privado europeo [...]”. ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Capítulo 8. Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 209. Cfr.: CÁMARA LAPUENTE, S.: “Capítulo 10. Una aproximación al arrendamiento de bienes muebles (*«lease of goods»*) en el Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 268; VAQUER ALOY, “Capítulo 9. El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 261–262.

²⁰³³ Recordemos que lo mismo se aplica para los PECL. Cfr.: GÓMEZ GÁLICO, “Capítulo 25. La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 528.

²⁰³⁴ En este sentido, MEDINA ORTEGA señala que: “Para un sector de la doctrina [el profesor de la Universidad de Panteón–Sorbona de París, Pierre LEGRAND], el intento de armonizar el Derecho privado de la Unión Europea a través de la codificación no sólo está condenado al fracaso de antemano sino que, además, es intrínsecamente negativo desde el punto jurídico, económico, social y político”. MEDINA ORTEGA, “El Derecho patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, Op. Cit., pág. 87.

²⁰³⁵ Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 96 y 100.

²⁰³⁶ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO señala que: “El Proyecto de MCR de 29 de diciembre de 2007 desveló, empero, una cierta germanización del nuevo, desplazado desde el contrato a las obligaciones, que ha justificado las críticas del propio O. LANDO [se suponía que los PRINCIPIOS LANDO serían su fuente principal]”. *Ibidem*, pág. 97.

²⁰³⁷ Al respecto, vid.: EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN, *El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. (Cuestiones valorativas y problemas legislativos)*, Op. Cit., págs. 1470 y ss.

²⁰³⁸ En este sentido, DE PRIEGO FERNÁNDEZ señala que: “La redacción del CFR fue encargado por la Comisión Europea a una red internacional de juristas en la que destacan dos grupos: el *Study Group on a*

Law” (“*Acquis Group*”).²⁰³⁹ El primer grupo se creó en 1999, con la finalidad de elaborar un conjunto de reglas y principios, que reemplazó a la Comisión LANDO.²⁰⁴⁰ El segundo grupo fue creado con el propósito de crear nuevas reglas y perfeccionar las ya existentes, es decir, su objetivo no es crear soluciones específicas para casos concretos, sino que elaborar unos verdaderos “*restatements*” a nivel europeo.²⁰⁴¹ El primero se organizó en varios subgrupos de trabajo a cargo de un “*teamleader*”.²⁰⁴² Por su parte, con el *Acquis* Grupo, se pretende elaborar una serie de principios jurídicos de carácter general, en materia de contratos, a partir de la regulación que, sobre el particular, ofrecen los diversos sistemas jurídicos, como asimismo, las sentencias del Tribunal de Justicia Europeo.²⁰⁴³ Lo anterior debido a que el Derecho comunitario está constituido, principalmente, por directivas que versan sobre materias precisas y que no presentan una debida sistematización entre ellas. El *Acquis communautaire*²⁰⁴⁴ se refiere

European Civil Code y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*”. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 227.

²⁰³⁹ Cfr.: SCHULZE, “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 51. Este grupo, cuyo nombre completo es “*Research Group on EC Private Law*”, fue creado “[p]ara el estudio y mejora del Derecho comunitario ya existente en materia contractual”. VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 66.

²⁰⁴⁰ En este sentido, VALPUESTA GASTAMINZA señala que: “El *DCFR* no es una simple suma o yuxtaposición de los *Acquis Principles* (teoría general del contrato) y los *Principles of European Law* (parte especial de contratos), sino una nueva exposición de la teoría general y una nueva redacción de los *PECL*”. *Ibidem*, pág. 68.

²⁰⁴¹ Cfr.: *Ibidem*, págs. 66 y 67.

²⁰⁴² En este sentido, VAQUER ALOY señala que: “Si uno dibuja el mapa de los distintos equipos, descubre que su sede está en Holanda (dos grupos, uno con tres subgrupos), Alemania (tres grupos), Francia (un grupo), Austria (un grupo) y Noruega (un grupo), lo que demuestra, aparentemente, un poco peso de los países latinos o de la Gran Bretaña”. VAQUER ALOY, “Capítulo 9. El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 246.

²⁰⁴³ En este sentido, VAQUER ALOY señala que: “Ambos grupos, el *Study Group* y el *Acquis*, han desarrollado sus actividades en paralelo y con plena autonomía. Sin embargo, conjuntamente debían dar forma al *draft* del *CFR*”. *Ibidem*, pág. 249.

²⁰⁴⁴ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO expresa lo siguiente: “[...] los denominados *Acquis Principles* han supuesto una verdadera mejora, muy sustancial, del Derecho comunitario vigente, especialmente en materia de contratos celebrados por consumidores (estrategia *B2C*)”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La

a la esencia del Derecho contractual, partiendo desde los tratos preliminares, hasta los remedios en caso de incumplimiento.²⁰⁴⁵ Este grupo se ha centrado en la presentación de un marco coherente de normas jurídicas, que generalicen su aplicación a campos para los que antes no estaban destinadas y, sobre todo, en el establecimiento de principios que se erijan como el cimiento de la futura dictación de leyes comunitaria o nacional, pudiendo ser tenido como un *restatement* de principios, reglas y normas,²⁰⁴⁶ sobre la base de los principios de la libertad, seguridad jurídica, justicia y eficiencia.²⁰⁴⁷ El MCR académico fue considerado por la Comisión de Justicia del Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo como un verdadero “embrión” de Código civil europeo, en la reunión celebrado el 12 de enero de 2010.²⁰⁴⁸ El 26 de abril de 2010, la Comisión decretó una Decisión mediante la cual se creaba un Grupo de expertos, cuya finalidad era la elaboración de un Marco Común de Referencia, en materia de Derecho contractual europeo.²⁰⁴⁹ Por otra parte, se dice que el principal problema que la doctrina

unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 101. Al respecto, SCHULZE señala que: “Hay que partir de la tesis de que el Derecho comunitario ya existente, el llamado «*acquis communautaire*», permite desarrollar principios y estructuras generales que deben ser utilizadas tanto por una doctrina común, como por la jurisprudencia europea”. SCHULZE, “El Derecho contractual europeo y sus textos básicos”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Op. Cit., pág. 634.

²⁰⁴⁵ Cfr.: SCHULZE, “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 61.

²⁰⁴⁶ Cfr.: ARROYO I AMAYUELAS, “Capítulo 8. Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 210–211.

²⁰⁴⁷ Cfr.: DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 35.

²⁰⁴⁸ En este sentido, y para evitar críticas en cuanto a que constituye un texto puramente académico («*stakeholder-meetings*»), se ha pretendido realizar una completa revisión de dichos principios, para así aplacar a la opinión pública. Cfr.: EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN, *El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. (Cuestiones valorativas y problemas legislativos)*, Op. Cit., págs. 1470–1471; REDONDO TRIGO, “De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIII, Fasc. IV, octubre–diciembre 2010, Op. Cit., pág. 1668.

²⁰⁴⁹ Cfr.: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho*

achaca al MCR, es que, el buen funcionamiento del mercado europeo no sólo depende de la existencia de un conjunto de principios, sino que además, necesita de normas sustantivas y procesales²⁰⁵⁰ que lo ordenen.²⁰⁵¹ Aun cuando, se podría considerar ésta como una ventaja en realidad, así lo piensa SÁNCHEZ LORENZO,²⁰⁵² llegando a calificarlo de “embrión de Código civil europeo”.²⁰⁵³ En este mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ MARÍN.²⁰⁵⁴ Además de lo anterior, la doctrina ha destacado la ambigüedad y vaguedad de las comunicaciones de 2001, 2002 y 2004 sobre el objetivo que inspiraba a los grupos de trabajo, lo que se expresa también, en el MCR.²⁰⁵⁵ Por último, la tensión existente entre el *common law* y el *civil law* se manifiesta nuevamente en el MCR.²⁰⁵⁶ En este sentido, se ha dicho que no existe una preeminencia de la

patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español, Op. Cit., pág. 84.

²⁰⁵⁰ Así lo reconoce SÁNCHEZ LORENZO, quien expresa que: “En suma, resulta poco concebible que los Principios *UNIDROIT*, los *PECL* o el MCR puedan eliminar de forma definitiva la necesidad de dotar al contrato de un Derecho nacional o estatal de referencia”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 104.

²⁰⁵¹ Cfr.: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 227.

²⁰⁵² En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO expresa lo siguiente: “Ciertamente, los *Acquis Principles* cumplen una misión esencial desde este punto de vista, pero más allá de su valor práctico y didáctico, se orientan hacia la necesaria gestación de un genuino Derecho contractual europeo”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 86.

²⁰⁵³ Cfr.: *Ibídem*, pág. 87.

²⁰⁵⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ MARÍN expresa lo siguiente: “El Marco Común de Referencia, con fecha 2009 (en adelante, *DCFR*), elaborado con la prestación de ser una de las claves para la unificación europea del Derecho privado, así como fuente de inspiración para la enseñanza del Derecho en Europa y por supuesto para el legislador, ya que aborda de forma integral el régimen jurídico del cumplimiento [...]”. RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “La Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes con el cumplimiento”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 76, octubre–diciembre 2010, Consejo General del Notariado, Getafe, Madrid, 2010, págs. 271–300.

²⁰⁵⁵ Cfr.: DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 25–26.

²⁰⁵⁶ En este sentido, DE LA CUESTA RUTE señala que: “Un punto que no puede dejar de mencionarse es el de las críticas que se dirigen al *DCFR* por su invasión de aspectos del derecho de contratos cuyas normas internas de los Estados responden a tradiciones jurídicas tan diferentes como la propia del derecho

autonomía de la voluntad por sobre los otros principios inspiradores del MCR, sino que existe una clara intención de equiparar, en importancia, a la autonomía privada con los otros principios. Ello se ha logrado limitando a la autonomía de la voluntad, a través de una serie de reservas de carácter objetivo. Para la doctrina, dichas limitaciones, van incluso más allá de lo que se llama la “sustanciación de la autonomía privada”. La reducción del ámbito de competencia de la autonomía privada, cede en beneficio de la buena fe y los usos mercantiles, que se constituyen así, como la esencia del derecho contractual (el artículo II.–1:102 (1) somete a la autonomía de la voluntad a la buena fe.²⁰⁵⁷

En cuanto a la estructura,²⁰⁵⁸ es posible decir que el MCR se divide en diez libros y contiene además, dos apéndices.²⁰⁵⁹ Los libros se organizan de la siguiente forma:²⁰⁶⁰ (i) el Libro I trata de las disposiciones generales; (ii) el Libro II se refiere a los contratos y actos jurídicos; (iii) el Libro III versa sobre las obligaciones y derechos correspondientes; (iv) el Libro IV contempla normas sobre los contratos en especial; (v) el Libro V trata la agencia oficiosa o intervención benevolente; (vi) el Libro VI sobre la responsabilidad extracontractual; (vii) el Libro VII se refiere al enriquecimiento sin

anglosajón y la de derecho continental, por no entrar a señalar las diferencias innegables que se advierten igualmente entre los ordenamientos de los estados miembros del continente europeo también en puntos especialmente relevantes”. DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 39.

²⁰⁵⁷ Cfr.: EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN, *El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. (Cuestiones valorativas y problemas legislativos)*, Op. Cit., págs. 1485–1487.

²⁰⁵⁸ Al respecto, *vid.*: *Ibidem*, págs. 1466 y ss.

²⁰⁵⁹ En este sentido, EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN señalan que: “En medio de esta sistemática más bien tradicional, se inserta el *ius novum* proveniente del *acquis communautaire* (a veces, ampliamente mediante normas generalizadoras): no discriminación, deberes de información, entrega de bienes o prestación de servicios no solicitados, derechos de desistimiento (todo ello en el libro II), las reglas sobre garantías de bienes de consumo y una pluralidad de normas adicionales protectoras del consumidor en la compraventa (libro IV A)”. *Ibidem*, pág. 1468.

²⁰⁶⁰ En este sentido, *vid.*: BONELL, M. J. y PELEGI, R.: “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table”, *Uniform Law Review*, Walter Rodinò (Direct.), NS – vol. XIV, 2009–3, UNIDROIT, Milano, 2011, págs. 438 y ss.

causa, (viii) el Libro VIII trata la adquisición y pérdida del dominio de bienes muebles (*goods*), (ix) el Libro IX se refiere a las garantías reales en bienes muebles y, por último y (x) el Libro X versa sobre los *trust*.²⁰⁶¹

3.3.2.– REGULACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN DEL ACREEDOR, EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA (*THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*).

Lo primero que llama la atención, de la lectura rápida del MCR, es que la expresión “remedio” aparece mencionada en varias de sus partes, v. gr., en el artículo II. –9:302, a propósito de la estipulación a favor de un tercero²⁰⁶² y en el epígrafe del Capítulo IV del Libro IV que se refiere a los “Contratos específicos y derechos y obligaciones que de ellos se derivan”.²⁰⁶³

El Libro III del MCR, como se dijo, se refiere a las obligaciones y sus correspondientes derechos (“*Obligations and corresponding rights*”). De este libro, nos interesan, particularmente, los tres primeros capítulos. El Cap. I se refiere a las disposiciones generales en torno al derecho obligacional, fijando el concepto de ciertas nociones jurídicas: obligación, cumplimiento e incumplimiento, buena fe, no discriminación, entre otros. El Cap. 2, por su parte, versa sobre el pago, el cumplimiento por parte de un tercero, la imputación al pago, etc. El Cap. 3 consagra diversos remedios

²⁰⁶¹ Cfr.: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 69–72.

²⁰⁶² JIMÉNEZ COSTA, A.: “Libro II. Capítulos 1 y 2”, *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, Antoni Vaquer Aloy; Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González (Coords.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pág. 632.

²⁰⁶³ *Ibidem*, pág. 889.

frente al incumplimiento contractual.²⁰⁶⁴

El Capítulo I se refiere a conceptos y principios de carácter general en materia de obligaciones, creadas por el contrato u otro acto jurídico, la ley, la resolución judicial, o por los usos y prácticas jurídicamente obligatorias, y sobre la base del principio de la obligatoriedad de los contratos. Este principio les impone a los contratantes el cumplimiento estricto de sus obligaciones. Bajo el concepto de *non performance*, se agrupan el incumplimiento total y absoluto, el retraso en el cumplimiento de la obligación y el cumplimiento defectuoso.²⁰⁶⁵

Frente al incumplimiento contractual,²⁰⁶⁶ el MCR consagra un conjunto de remedios,²⁰⁶⁷ (o medios de defensa de que dispone el acreedor)²⁰⁶⁸ que pueden ser ejercidos conjuntamente, salvo que tengan el carácter de incompatibles.²⁰⁶⁹ Cabe señalar

²⁰⁶⁴ Cfr.: VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 69–72.

²⁰⁶⁵ Cfr.: NANCLARES VALLE, J.: “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Eduardo Valpuesta Gastaminza (Coord.), Ed. Bosch, S. A., 2011, págs. 163–164.

²⁰⁶⁶ En este sentido, NANCLARES VALLE señala que: “El concepto de incumplimiento que se utiliza en el *DCFR* abarca todo tipo de realización de la prestación debida, dando cabida tanto a los supuestos de incumplimiento total como a los de cumplimiento defectuoso o tardío. Tienen también cabida en dicha categoría tanto los casos de incumplimiento justificado como los de incumplimiento al margen de todo impedimento”. *Ibidem*, pág. 177.

²⁰⁶⁷ En este sentido, GÓMEZ CALLE señala que: “[...] el *DCFR* explicita que el incumplimiento no queda descartado porque sea excusable (concepto neutro) y menciona expresamente el retraso como un supuesto concreto de incumplimiento; probablemente se habría podido prescindir de esa mención, pues, como resulta del propio artículo, no se trata sino de un caso más («otro») de cumplimiento no acorde con los términos de la obligación”. GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero–marzo 2012, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, pág. 39.

²⁰⁶⁸ Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 177.

²⁰⁶⁹ En este sentido, DE LA CUESTA RUTE señala que: “El *DCFR* sistematiza de manera estimable los remedios con que cuenta el acreedor insatisfecho ante el incumplimiento de la otra parte. No todos los

que la indemnización de daños y perjuicios escapa a esta regla, pues, siempre es posible acumularla a otro remedio contractual. Así, *v. gr.*, el comprador, en el MCR, en caso de incumplimiento por parte del vendedor, tiene la facultad para solicitar: (i) la resolución del contrato (salvo que se trate de un incumplimiento de menor importancia),²⁰⁷⁰ (ii) el cumplimiento forzado de la obligación, (iii) la paralización del cumplimiento del contrato, (iv) la reducción del precio y (v) la indemnización de perjuicios.²⁰⁷¹ Asimismo, los contratantes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden excluir o restringir cualquier remedio, siempre que dicha exclusión o restricción no vaya en contra del principio de la buena fe.²⁰⁷²

La activación de dichos remedios, depende, en todo caso, de las circunstancias particulares de cada caso, los que se ven limitados cuando el incumplimiento se encuentre justificado,²⁰⁷³ pues, en ese caso, no se podrá imponer el cumplimiento *in*

remedios están disponibles para ser utilizados en todos los casos, porque dependerá de si el incumplimiento es o no imputable al deudor y de si el cumplimiento es o no todavía posible”. DE LA CUESTA RUTE, “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 52. Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 178.

²⁰⁷⁰ En este sentido, NANCLARES VALLE expresa lo siguiente: “El incumplimiento de la obligación permite al acreedor comunicar este extremo al deudor, comunicación que será eficaz si se realiza correctamente, con independencia de que no llegue, llegue con retraso o de manera inexacta a conocimiento del deudor, desplegando sus efectos no desde la fecha en que fue emitida y tampoco desde la fecha en que fue recibida y conocida por el destinatario (como sucedería si aplicásemos el precepto que regula con carácter general las notificaciones en el *DCFR*: art. I.–1:1009, respecto del cual el art. III.–3:106 supone una excepción) sino desde la fecha en que, en circunstancias normales, debería haber sido conocida por el deudor”. *Ibidem*, pág. 178.

²⁰⁷¹ Cfr.: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 232; GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero–marzo 2012, Op. Cit., págs. 44 y ss.

²⁰⁷² Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 178.

²⁰⁷³ En este sentido, NANCLARES VALLE señala que: “El incumplimiento será excusable si se debe a un impedimento ajeno al control del deudor y si no se podía esperar razonablemente que lo evitase o superase (supuestos de fuerza mayor). Asimismo, tratándose de obligaciones contractuales o nacidas de

natura ni tampoco la indemnización de daños y perjuicios.²⁰⁷⁴

3.3.2.1– LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO.

El *DCFR*, a propósito del incumplimiento resolutorio, dispone en la *Section 5: Termination, Sub-section 1: Grounds for termination*”, artículo III.–3:502: *Termination for fundamental non-performance*, lo siguiente: “(1) *A creditor may terminate if the debtor’s non-performance of a contractual obligation is fundamental.* (2) *A non-performance of a contractual obligation is fundamental if: (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor’s future performance cannot be relied on*”.²⁰⁷⁵

En este sentido, se señala que la primera causal de resolución contractual, es el “incumplimiento fundamental” de alguna de las obligaciones emergentes de un contrato bilateral. Éste, como es sabido, equivale al incumplimiento esencial que priva al acreedor de aquellas cosas que tenía expectativas de recibir, salvo que el deudor no hubiere previsto o debido prever, o es imprudente y le permite al acreedor no creer que

un acto jurídico, será excusable el impedimento que sea imprevisible para el deudor en el momento de contraer la obligación, no así el que debió ser tenido en cuenta. Siendo temporal el impedimento, la excusa durará el mismo tiempo que dure aquél, a menos que el retraso constituya *per se* un incumplimiento fundamental (como sucedería en obligaciones sometidas a término esencial)”. NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 178.

²⁰⁷⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 177.

²⁰⁷⁵ Cfr.: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., pág. 22.

no podrá en el futuro recibir lo que espera le sea entregado.²⁰⁷⁶

Frente a un incumplimiento no fundamental, se discute si el retraso en el cumplimiento de la obligación, puede llegar a ser causa de resolución, pues el acreedor está facultado para notificarle al deudor la concesión de un plazo adicional y razonable para que cumpla su deber. Es posible establecer que la resolución procederá automáticamente y sin necesidad de nueva notificación, en caso de que el deudor no cumpla con su obligación dentro del nuevo plazo.²⁰⁷⁷

La resolución extingue las obligaciones bilaterales pendientes, por ello, las partes quedan liberadas de su deber. En los contratos de tracto sucesivo, la resolución sólo afecta a las prestaciones futuras. Una vez resuelto el contrato, procederán las restituciones mutuas, debiéndose devolver los bienes que se hubieran entregado en virtud del negocio, incluidos los frutos. Los bienes y sus frutos no se deben devolver cuando dicha restitución suponga un coste o esfuerzo excesivo para el contratante que debe devolverlos. En este último caso se repetirá el valor de las cosas que debían ser restituidas.²⁰⁷⁸ En este sentido, se ha dicho que la conformidad de la cosa equivale a la conformidad con el negocio. Lo anterior por cuanto la obligación de dar impone al deudor el deber de dar una cosa que sea conforme al contrato. Cuando se habla de “cosa”, al igual que lo hace el Diccionario de la RAE, el MCR entiende este concepto en sentido amplio, referido tanto a bienes corporales como inmateriales, muebles o inmuebles. Así, el art. IV.-A. 1:101 MCR se refiere a la propiedad intelectual.²⁰⁷⁹

²⁰⁷⁶ Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 183.

²⁰⁷⁷ Cfr.: *Ibidem*, págs. 183–184.

²⁰⁷⁸ Cfr.: *Ibidem*, págs. 185–186.

²⁰⁷⁹ Cfr.: LLÁCER MATA CÁS, M^a. R.: “Capítulo 21. La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento «no conforme»: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Derecho contractual europeo*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 469.

En cuanto al ejercicio de la facultad resolutoria, el MCR permite que se realice por medio de una declaración del acreedor, sin perjuicio que el juez puede revisar con posterioridad, si concurren los requisitos de la resolución contractual.²⁰⁸⁰ El acreedor debe proceder a resolver el contrato dentro de un plazo razonable, que se contabiliza desde que expira el plazo adicional que tiene el deudor para cumplir o asegurar el cumplimiento de la obligación.²⁰⁸¹

3.3.2.2.– EL CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA OBLIGACIÓN.

En el caso de las obligaciones pecuniarias, el acreedor no sólo tiene la facultad para cobrarle la cantidad debida al deudor, sino que, además, el cumplimiento de sus obligaciones bilaterales y propias, aun cuando el deudor no tenga la disposición de recibir las cosas que el otro contratante debe entregarle, salvo cuando el acreedor haya realizado, razonablemente, un negocio sustituto, que no le suponga al deudor un excesivo coste, o cuando el cumplimiento no parezca ser razonable conforme a las circunstancias particulares del caso. Ahora bien, tratándose de las obligaciones no pecuniarias, el acreedor tiene la opción para exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación o el cumplimiento por equivalencia (para exigir una suma de dinero que reemplace al objeto de la prestación incumplida).

Por otra parte, existen ciertas excepciones al cumplimiento específico (*in natura*), tal es el caso de las prestaciones ilícita o cuando su cumplimiento fuese imposible (física o jurídicamente), cuando su exigencia resultare excesivamente costosa (a este supuesto se le llama “imposibilidad económica”), o fuera una obligación *intuito*

²⁰⁸⁰ Cfr.: GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero-marzo 2012, Op. Cit., págs. 70–71.

²⁰⁸¹ Cfr.: *Ibidem*, pág. 73.

personæ, salvo que puedan delegarse en terceros. Asimismo, constituye una excepción al cumplimiento específico, justificada por el principio de la buena fe, el hecho de que el acreedor no exija la obligación dentro de un plazo razonable, contado desde la fecha en que supo y pudo razonablemente enterarse del incumplimiento. En este caso, tampoco podrá el acreedor exigir una indemnización de perjuicios.²⁰⁸²

En cuanto al llamado “incumplimiento anticipado” (“*anticipatory non-performance*”),²⁰⁸³ el MCR sustituye la frase “*anticipatory non-performance*” por la expresión “*anticipated no performances*”, que es más precisa, pues, la norma no regula el incumplimiento futuro real, sino que se refiere a una situación hipotética: el supuesto incumplimiento que justificaría la resolución contractual y sería más eficiente para el acreedor, por que lo autoriza a dejar sin efecto el negocio, incluso antes que se produzca el incumplimiento de la contraparte.²⁰⁸⁴

3.3.2.3.– LA PARALIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

En este sentido, el artículo III.–3:401, apartados 2 y 3, de los *DCFR* faculta al

²⁰⁸² Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 181–182.

²⁰⁸³ En este sentido, MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS señala que: “[Esta institución] permite la resolución del contrato no ya por el juez sino por las partes, antes de que la otra parte hubiere comenzado a cumplir sus obligaciones y fuere patente que incurrirá en incumplimiento”. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., pág. 691.

²⁰⁸⁴ Cfr.: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., pág. 11. En este sentido, NANCLARES VALLE señala que: “La resolución cabe con carácter anticipado respecto de la fecha de vencimiento de la obligación si, tratándose de un incumplimiento fundamental, el deudor declara que no cumplirá la obligación o si de cualquier otra forma queda patente que se producirá dicho incumplimiento. En caso de creer, con razonable fundamento, que se producirá un incumplimiento fundamental de una obligación, puede el acreedor exigir la prestación de garantías adecuadas, de modo que si el deudor no las ofrece en un plazo razonable cabrá la terminación de la relación contractual”. NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 184.

acreedor para “suspender” el cumplimiento de su obligación, aun cuando deba cumplir antes que su deudor, cuando crea razonablemente que la contraria incumplirá con su deber, siempre que comunique al deudor dentro de un plazo razonable. Este aviso o notificación emplaza al deudor para que destruya la “razonabilidad” en la petición del acreedor, o bien, proceda a enervar la resolución anticipada, siempre que garantice su cumplimiento.²⁰⁸⁵ La notificación no invalida la resolución, pero supone que el acreedor se hará cargo de los daños y perjuicios causados al deudor.²⁰⁸⁶ El MCR posibilita que se suspenda o paralice la ejecución de la obligación, total o parcialmente, por quien deba cumplir la obligación al mismo tiempo o después que su contraparte, o por quien debe cumplir su obligación en primer lugar.²⁰⁸⁷ En virtud de la anterior norma se consagra la *exceptio inadimpleti contractus* (*exceptio non rite adimpleti contractus*), según la cual, si el negocio es bilateral, se autoriza a una de las partes a incumplir su obligación, cuando la contraparte, debiendo cumplir coetáneamente o con posterioridad si, razonablemente crea que esta parte incumplirá su obligación. Esta razonabilidad debe estar conforme a la buena fe.²⁰⁸⁸

3.3.2.4.– LA REDUCCIÓN DEL PRECIO.

Cuando la cosa entregada por el deudor no está conforme con lo reza el contrato,

²⁰⁸⁵ En este sentido, MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS señala que: “En la práctica, el incumplimiento anticipado puede justificarse tanto por el comportamiento de la otra parte, quien por ejemplo hace saber de manera cierta e inequívoca que no cumplirá sus obligaciones, o de circunstancias más objetivas como, por ejemplo, la destrucción de una fábrica por el fuego”. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, Op. Cit., pág. 691.

²⁰⁸⁶ Cfr.: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., pág. 11.

²⁰⁸⁷ Cfr.: GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero-marzo 2012, Op. Cit., pág. 49.

²⁰⁸⁸ Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 182.

se faculta al acreedor para exigir una reducción en el precio, en proporción a la disminución en el valor de la cosa entregada. Es claro que este remedio es la versión moderna de la *actio quanti minoris*, establecida en el art. 1486 del CC español. En este caso, el acreedor carece de acción indemnizatoria para exigir el resarcimiento de la disminución en el valor de la cosa entregada, pero si puede solicitar indemnización de daños y perjuicios en virtud de otra causa.²⁰⁸⁹

La reducción del precio se consagra en el MCR en el artículo III.-3:601. Supone la existencia de un contrato bilateral, en el cual una de las partes debe pagar una suma de dinero. Lo anterior implica además, que la contraparte no ejecute completamente la conducta prevista como debida, frente a esa falta de conformidad,²⁰⁹⁰ el otro contratante puede solicitar una rebaja en el precio, pudiendo, además, solicitar una indemnización por daños y perjuicios.²⁰⁹¹

3.3.2.5.- LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Como se ha dicho anteriormente, para el Derecho moderno, éste es el remedio por excelencia. Significa que el acreedor diligente puede, cuando el deudor no ha cumplido su obligación demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios. En ésta, se incluyen los daños patrimoniales y los morales. El deudor únicamente responde por los

²⁰⁸⁹ Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 187.

²⁰⁹⁰ En el Derecho civil español, *vid.*: HERBOSA MARTÍNEZ, I.; VEIGA COPO, A. B. y CENCERRADO MILLÁN, E.: “Capítulo 7. El contrato de compraventa (7). La compraventa mercantil. El contrato de suministro”, *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicancias tributarias*, T. I, Contratos de finalidad traslativa de dominio (I), Mariano Yzquierdo Tolsada (Direct.), Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2014, págs. 619 y ss.

²⁰⁹¹ Cfr.: GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero-marzo 2012, Op. Cit., págs. 61-62.

daños y perjuicios efectivamente previstos o que pudo haber previsto razonablemente.²⁰⁹²

En caso que el acreedor hubiera contribuido al incumplimiento del contrato, el deudor quedará liberado del deber de indemnizar los daños y perjuicios, que se hubieren provocado a consecuencia directa del comportamiento del acreedor. Por otra parte, el deudor tampoco responderá de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado, porque el acreedor no adoptó las medidas necesarias para “mitigar” esos efectos negativos, conforme a la buena fe. Habiendo cumplido dicho deber de mitigar, el acreedor tendrá derecho para pedir la devolución de los costes razonables en que hubiere incurrido. Ahora bien, en las obligaciones pecuniarias, el acreedor tiene derecho a exigir los intereses²⁰⁹³ devengados entre el día del vencimiento del plazo para cumplir hasta el día efectivo del pago. Dichos intereses se establecen conforme al tipo de interés medio aplicado por las instituciones financieras a las grandes cuentas en operaciones de corto plazo.²⁰⁹⁴

²⁰⁹² Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 188–189. En este sentido, NANCLARES VALLE señala que: “Cabe distinguir entre obligaciones de resultados y obligaciones de medios. En aquéllas, la no realización de la prestación debida hubiese actuado con toda la diligencia debida, a menos que existiera un impedimento que permitiera justificar el incumplimiento y eximir de responsabilidad al deudor. Por el contrario, en las obligaciones de medios el deudor será responsable si no obra con la profesionalidad y diligencia precisa, que habrá de establecerse en el contrato y que, de no ser así, se identificará con la culpa”. *Ibidem*, pág. 188.

²⁰⁹³ Con relación a los intereses, NANCLARES VALLE señala que: “La aplicación de la libertad de pacto al momento a partir del cual se devengan intereses y al tipo de interés mismo, es objeto de restricciones en la medida que esas cláusulas incluidas en los contratos comerciales serán abusivas (por desviarse notoriamente de las buenas prácticas comerciales y operar en contradicción con la buena fe y la corrección en los tratos) si retrasan la fecha de devengo del interés o si reducen el tipo de interés aplicable según el artículo citado en el párrafo precedente. También lo serán si tales cláusulas permiten al deudor pagar el precio de los bienes o servicios suministrados con posterioridad al momento en el que los intereses empiezan a devengarse según el art. III.–3:710 (2) y (3) *DCFR*”. *Ibidem*, págs. 191–192.

²⁰⁹⁴ Cfr.: *Ibidem*, pág. 191. En este sentido, NANCLARES VALLE señala que: “Cuando el acreedor haya resuelto la relación contractual, la celebración por su parte de un nuevo negocio sustitutivo del anterior, en un plazo razonable y en unas condiciones también razonables, permite a dicho acreedor exigir en vía resarcitoria la diferencia entre el valor de lo que debería haberse cobrado en la relación anterior y lo que debe ser cobrado en función de la nueva relación, además de los daños derivados de cualquier otra pérdida sufrida”. *Ibidem*, pág. 190.

En esta línea de análisis, conviene examinar el artículo III.-3:710 del MCR, que se refiere al retraso en el cumplimiento de una obligación por parte del empresario, de pagar las mercaderías o servicios que le fueron prestados, conforme al grado de conformidad que tuvo y a la fecha en que le fueron entregados o prestados, respectivamente. En el MCR se consagra el anatocismo, de tal forma que los intereses originados se capitalizan cada 12 meses.²⁰⁹⁵

3.3.3.– CONCLUSIONES.

El carácter facultativo (“*soft law*”) que presenta el MCR, impide que sea aplicado como regla jurídica por los tribunales de justicia. Con todo, su pretensión de constituirse en una referencia (modelo) académica para inspirar a jueces y legisladores, que se estructura sobre la base de los principios de la libertad contractual, seguridad jurídica y eficiencia, no logra, en mi opinión, superar a los *PECL*, por cuanto dicha pretensión de universalidad se funda absolutamente en la autonomía de la voluntad, dejando completamente olvidada a la buena fe. Ello se enmarca dentro de principios neoliberales, que no sólo abandonan principios sociales, sino que ven al Derecho como un mero instrumento de la economía. Esta tendencia neoliberal coarta el margen de discrecionalidad que tiene el juez. Además, varias de sus normas están redactadas de manera ambigua y vaga.

Sabido es que el mercado común europeo requiere de un marco jurídico estándar para desenvolverse con mayor eficiencia, pero ello no puede suponer la aceptación de nociones económicas extrañas a la tradición continental.

²⁰⁹⁵ Cfr.: NANCLARES VALLE, “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., págs. 189–191.

De lo dicho, surgen dos preguntas: (1) ¿Se debe unificar el Derecho europeo de los contratos? y (2) ¿Cómo debe hacer esa europeización? La primera pregunta creo que está resuelta, pues, a lo largo de esta tesis se ha planteado la necesidad de unificar el Derecho europeo de las obligaciones y contratos. La segunda, en cambio, resulta más compleja. LEIBLE manifiesta la complejidad que presenta el procedimiento propuesta por la Comisión. Ésta ha exhortado a la comunidad académica que trabaje sobre la base de los textos presentados, de manera crítica, con el fin de promulgar en el futuro un CC europeo.²⁰⁹⁶ Más adelante haré alusión a la tensión existente entre la autonomía de la voluntad y la buena fe, cuestión que es sumamente relevante.

3.4.– EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS.²⁰⁹⁷

3.4.1.– ANTECEDENTES.²⁰⁹⁸

En el proceso unificador de la regulación jurídica,²⁰⁹⁹ en materia de contratos, a

²⁰⁹⁶ Cfr.: LEIBLE, S.: “Vías para la unificación del Derecho privado europeo”, *Estudios monográficos*, Traducc. de Francisco Infante Ruiz, en <www.upo.es>, pág. 1608.

²⁰⁹⁷ Con relación a la codificación europea, como medio para lograr la unificación del Derecho privado europeo, *vid.*: ORDUÑA MORENO, F. J.: “La codificación como técnica de unificación del Derecho privado europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 267–270. En este sentido, TRIGO GARCÍA señala que: “Frente a la aspiración de un derecho unitario de los contratos, la regulación actual mantiene la distinción entre normativa civil y normativa mercantil”. TRIGO GARCÍA, M^a. B.: “Capítulo 28. Derecho Contractual Europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia, un caso paradigmático”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 582.

²⁰⁹⁸ En este sentido, *vid.*: ALPA, G.: *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Ed. Latterza, Bari, 2007, págs. 135 y ss.; SWANN, “A European Civil Code: legal and political foundations”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Op. Cit., págs. 7–57.

²⁰⁹⁹ En este sentido, conviene tener presente las palabras de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ: “El Derecho material uniforme esconde «pretensiones de verdad totalizadora»”. CALVO CARAVACA, A.–L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los contratos internacionales y el mito de la «nueva *lex mercatoria*»”, *Estudios sobre contratación internacional*, Op. Cit., pág. 61.

comienzos de los 90,²¹⁰⁰ la Comisión de Comunidades Europeas,²¹⁰¹ señaló la necesidad de contar con un código común²¹⁰² para regular el comercio interno europeo.²¹⁰³ No obstante que se habían dictado una serie de reglamentos y directivas sobre la materia.²¹⁰⁴ Ante el llamado de tal organismo,²¹⁰⁵ diversos grupos²¹⁰⁶ respondieron a dicha petición:²¹⁰⁷ La Comisión integrada por LANDO y BEALE; la Academia de Iusprivatistas Europeos, de Pavía; la Comisión presidida por el alemán VON BAHR,²¹⁰⁸ con sede en Alemania, cuya finalidad es elaborar un Código Europeo de Contratos²¹⁰⁹ y

²¹⁰⁰ Cfr.: HESSELINK, M. W.: “The Politics of a European Civil Code”, *The Politics of a European Civil Code*, Martijn W Hesselink (Edit.), Kluwer Law International, The Haghe, 2006, pág. 154; VATTIER FUENZALIDA, “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, Prólogo, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. IV, octubre–diciembre 2008, Op. Cit., pág. 1845.

²¹⁰¹ Aun cuando la idea de dictar un Código civil europeo no es nueva y, según algunos, se remonta a 1807, año en que BIGOT DE PRÉMENEU, uno de los redactores del CODE presentó la idea de contar con un Código europeo común. Cfr.: RODOTÀ, S.: “The Civil Code within the European «Constitutional Process»”, *The Politics of a European Civil Code*, Martijn W Hesselink (Edit.), Kluwer Law International, The Haghe, 2006, pág. 116.

²¹⁰² La idea de una codificación en Europa no está superada. En este sentido, el legislador holandés dictó el nuevo *BURGERLIJK WETBOEK*, que entró en vigor el 1º de enero de 1992. Cfr.: ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Op. Cit., pág. 117.

²¹⁰³ Al respecto, vid.: DIEZ-PICAZO, L.: “Un Codice civile europeo”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2002, págs. 59–70; HESSELINK, M. W.: “Il Codice civile olandese del 1992: un esempio per un Codice civile europeo”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2002, págs. 71–82.

²¹⁰⁴ En este sentido, la doctrina ha señalado que: “*The idea of codifying European private law is a comparatively recent one and is part of the history of the development of European private law. It can arguably be traced back to Ole Lando’s call in 1978 to create a European Uniform Commercial Code*”. THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW: vol. I, Op. Cit., pág. 553.

²¹⁰⁵ Al respecto, vid.: RODOTÀ, “The Civil Code within the European «Constitutional Process»”, *The Politics of a European Civil Code*, Op. Cit., págs. 115–124.

²¹⁰⁶ En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO señala que: “Gracias al apoyo entusiasta de un sector académico, singularmente alemán, el Parlamento llegó incluso a aventurar el año 2010 como el umbral para la redacción de un Código civil europeo”. SÁNCHEZ LORENZO, “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 95.

²¹⁰⁷ Cfr.: HESSELINK, “The Politics of a European Civil Code”, *The Politics of a European Civil Code*, Op. Cit., págs. 143 y ss.

²¹⁰⁸ Cfr.: *Ibidem*, pág. 155.

²¹⁰⁹ En este sentido, VALIÑO ARCOS expresa lo siguiente: “Pero un código no es sólo eso, sino además

la *Society of European Contract Law* (integrada por GRUDMANN, BIANCA y COLLINS).²¹¹⁰ El Código Europeo de Contratos, también llamado Proyecto de Pavía,²¹¹¹ fue el resultado de un Congreso de Estudios organizado por la Universidad de Pavía,²¹¹² bajo la dirección de Giuseppe GANDOLFI,²¹¹³ entre el 20 y 21 de octubre de 1990.²¹¹⁴ En este sentido, la doctrina ha alabado el protagonismo del profesor GANDOLFI,²¹¹⁵ quien, presentó una completa propuesta.²¹¹⁶ Este jurista planteó a la audiencia cuatro preguntas: “¿Es necesaria, en Europa, una codificación de los

instrumento técnico para superar las dificultades de armonización del derecho contractual en los distintos Estados miembros de la Unión Europea [...]”. VALIÑO ARCOS, A.: “Capítulo XIX. Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto «Gandolfi»: hacia la consecución de un «Code européen des contracts»”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, pág. 385.

²¹¹⁰ CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS. LIBRO I: DE LOS CONTRATOS EN GENERAL, LIBRO II, TÍTULO I: DE LA COMPRAVENTA: Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi (Presentadores), Traducc. de José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2009, págs. 13–14. En este sentido, la doctrina ha señalado que: “La iniciativa de Pavía no es, pues, la primera ni la única en cuanto a la unificación del derecho privado en el derecho comparado. Sin embargo, puede decirse que el trabajo liderado por Gandolfi posee un carisma propio. A diferencia de los anteriormente mencionados, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos no consiste en una enumeración y descripción de principios, sino en un catálogo de normas precisas susceptibles de aplicación directa por el intérprete. El producto de las labores de la Academia de Pavía ha sido un Anteproyecto de 173 artículos, que regula detalladamente numerosos problemas concretos que afectan a los contratos en general”. *Ibidem*, pág. 14.

²¹¹¹ Para DE LOS MOZOS, debería llamarse “Proyecto GANDOLFI”. *Cfr.*: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., págs. 182–183.

²¹¹² *Cfr.*: BATALLER GRAU, J.: “Capítulo II. ¿Hacia una unificación de la normativa del contrato de seguro en Europa? Tópicos para un debate”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, pág. 205.

²¹¹³ *Cfr.*: THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW: vol. I, Op. Cit., pág. 208.

²¹¹⁴ *Cfr.*: GARCÍA CANTERO, G.: *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2010, págs. 9–10.

²¹¹⁵ Aun cuando, varias voces se habían alzado pidiendo la creación de una comisión de estudio para la elaboración de un CÓDIGO DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS, v. gr., el rector de la Universidad de Heidelberg, el *Conseil d'État* francés, entre otros. *Cfr.*: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 181.

²¹¹⁶ En este sentido, DE LOS MOZOS señala que: “El caso, es que el profesor Giuseppe Gandolfi, al que se le ocurrió la idea, teniendo el valor de llevarla a cabo, y yo, presentamos el anteproyecto, con ocasión de haber terminado el libro primero, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior del Parlamento Europeo, en Bruselas, el 16 de octubre de 2000 [...]”. *Ibidem*, págs. 173–174.

contratos y obligaciones?²¹¹⁷ –¿Se dan actualmente los presupuestos o requisitos necesarios para llevarla a efecto? –¿Cuáles son los caracteres básicos que esta codificación debe poseer y cuáles son las opciones de política legislativa mediante las cuales puede establecerse?²¹¹⁸ –¿Puede utilizarse alguno de los Códigos en vigor en cuanto esquema operativo, o plan de trabajo, para la redacción de un nuevo código?²¹¹⁹ GANDOLFI se manifiesta a favor de la redacción de un Código Europeo de Contratos, sobre la base de los siguientes argumentos: (a) La codificación es requisito necesario para el buen funcionamiento del mercado común europeo. Desde 1986, con la dictación del Acta Única, la UE creó un mercado interno que garantizará la libre circulación de mercaderías,²¹²⁰ personas, capitales y servicios, estableciendo un Derecho privado europeo.²¹²¹ A pesar de la existencia de intervenciones en materia de compraventa,

²¹¹⁷ En este sentido, RAMS ALBESA expresa lo siguiente: “Creo que no ha llegado el momento de la Codificación europea propiamente dicha, sencillamente porque no hay un nuevo Derecho común europeo a pesar de la dilatadísima tradición, probablemente porque para el Derecho la Revolución francesa sólo sea el antes de ayer del presente y porque el nacionalismo, a pesar de su derrota formal en la firma del Tratado de Roma, sigue todavía bastante vivo en las mentes individuales y en las ideas colectivas tales como el entendimiento de qué sea una sociedad”. RAMS ALBESA, J.: “Ejecución de ciertas obligaciones contractuales”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, pág. 369.

²¹¹⁸ A este respecto, y analizando el problema de la armonización del Derecho europeo, desde el punto de vista sociopolítico y económico, SOMMA señala que: “Durante mucho tiempo se creyó que el sistema económico pudiese y debiese funcionar de modo espontáneo y sin interferencias externas”. SOMMA, A.: *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, Traducc. de Pablo Andrés Moreno Cruz y Javier Rodríguez Olmos, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008, pág. 47.

²¹¹⁹ En este sentido, PLAZA PENADÉS señala que: “De todos modos, la posibilidad de tener un modelo de Código de uno de los Estados miembros como único o principal referente para elaborar el Código Civil Europeo no es deseable ni conveniente [...]”. PLAZA PENADÉS, J.: “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, pág. 311.

²¹²⁰ Con relación al estado actual respecto de la libre circulación de mercaderías, *vid.*: SIBONY, A.–L. y DEFOSSEZ, A.: “Libre circulation des marchandises, liberté d’établissement et libre prestation de services”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Jean–Paul Jacque y Catherine Prieto (Directs.), Éditions Dalloz, Paris, 2013, págs. 171–187.

²¹²¹ El término “Derecho privado europeo”, fue utilizado por el alemán MÜLLER–GRAFF, haciendo alusión con él, a un conjunto de reglas de Derecho privado obligatorias o vinculantes para todos los Estados miembros de la Comunidad. *Cfr.*: SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho privado europeo*, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 3.

transporte, seguros, agencia y representación mercantil, seguían existiendo obstáculos para el libre tránsito. Existen más de veinte mil directivas y reglamentos sobre Derecho privado, lo que supone la necesidad de contar con un solo cuerpo normativo común europeo.²¹²² (b) La conveniencia de contar con normas uniformes²¹²³ que regulen el comercio europeo.²¹²⁴ En este sentido, cierta parte de la doctrina ha planteado la posibilidad de crear un conjunto de reglas jurídicas contractuales uniformes, atendiendo al carácter de las empresas.²¹²⁵ (c) GANDOLFI hace alusión a los “*Restatements of the Law*”, texto norteamericano del *American Law Institute*, que reúne en un texto jurisprudencia sobre una misma materia.²¹²⁶ (d) La evitación de una duplicidad de normas aplicables a un mismo asunto, a veces contradictorias. El problema principal para la elaboración de un texto sustantivo común sobre contratos y obligaciones, es lograr armonizar al *civil law*²¹²⁷ con el *common law*,²¹²⁸ ya que este último, como es

²¹²² Cfr.: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 181.

²¹²³ En este sentido, PLAZA PENADÉS señala que: “La principal causa que justifica la existencia de un Código Civil Europeo de obligaciones y contratos es la necesidad derivada de la existencia de Mercado único en el territorio de la Unión Europea, necesidad que se incrementa a medida que la Unión Europea pretende expandirse a otros estados”. PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 314.

²¹²⁴ En este sentido, DE LOS MOZOS señala que: “[...] no hay que olvidar que el anteproyecto de *Code européen des contrats*, es un resultado de utilizar el Derecho comparado con finalidades de integración”. DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 189.

²¹²⁵ Si bien el objetivo es noble, han aparecido diversos obstáculos que lo entranaban. En este sentido, según SÁNCHEZ LORENZO, uno de los principales problemas es el “problema constitucional”. Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Op. Cit., págs. 194 y ss.

²¹²⁶ Quizás por influencia del “*common law*” se ha introducido una noción usada ya por Federico DE CASTRO Y BRAVO (citado por DE LOS MOZOS): el concepto de “mercantilización” del Derecho civil. Cfr.: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 188. En este mismo sentido, GALGANO habla de “[...] la metáfora del «shopping» del derecho”. GALGANO, “El contrato en las relaciones transnacionales”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Op. Cit., pág. 24.

²¹²⁷ En este sentido, WHITTAKER señala que: “*The first issue arises from the perception in some comparative law scholarship that there is an important difference in what I have called the terminology of civil protection between the civil and common law traditions and that this difference reflects a fundamental difference in conception of the nature of law itself [...]*”. WHITTAKER, “The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures”, *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Op. Cit., pág. 47. Cfr.: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción:

sabido, es de tradición consuetudinaria²¹²⁹ y, por tanto, sería una ilusión que Inglaterra contara con un texto de derecho escrito.²¹³⁰ Por otra parte, en el Derecho continental, particularmente en los países de la Europa del Este, el contrato era visto como un fenómeno social, y no individual, a partir del cual los ciudadanos colaboraban con la planificación dispuesta por el órgano gubernamental.²¹³¹ Además, el Derecho anglosajón tiene un marcado carácter casuístico y jurisprudencial, (el principio del efecto relativo de las sentencias del Derecho continental se opone al *stare decisis*²¹³² del

la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 222; VALIÑO ARCOS, “Capítulo XIX. Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto «Gandolfi»: hacia la consecución de un «Code européen des contracts»”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 399.

²¹²⁸ Con relación a las convergencias y divergencias entre el “Civil law” y el “Common law”, *vid.*: VRANKEN, M.: *Fundamentals of European Civil Law*, Federation Press Pty Ltd., Maryborough, s/f., Chapter 10, págs. 212 y ss. Por otra parte, para constatar el particular desarrollo del Derecho inglés, *vid.*: WATSON, *The evolution of western private law*, Op. Cit., págs. 234 y ss.

²¹²⁹ Al respecto, *vid.*: DAVID, R.: “Le Droit Continental, la «Common Law» et les Perspectives d’un «Jus Commune» Européen”, *New perspectives for a common law of Europe*, Mauro Cappelletti y Max Kohnstamm (Edits.), European University Institute, Firenze, 1978, págs. 113–135; GARCÍA CANTERO, G.: “¿Civil law «versus» common law ..., o viceversa?”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 69, enero-marzo 2009, Consejo General del Notariado, Guadalajara, 2009, págs. 411–440; KAHN-FREUND, O.: “Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation”, *New perspectives for a common law of Europe*, Mauro Cappelletti y Max Kohnstamm (Edits.), European University Institute, Firenze, 1978, págs. 137–168.

²¹³⁰ Al respecto, MCKENDRICK señala que: “A recent English paper on codification concluded that there were at least three possibilities in terms of the legal effect of a Code: i) to enact a Code in full; ii) to give no legal effect to the code at all, and simply rely on its persuasive influence, as in the case of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; iii) to enact a short statute to the effect that in determining a principle or rule of law falling within the scope of the code the court shall (alternatively may) have regard to the code, including any Official Comments”. MCKENDRICK, E.: “Codification: The current state of play in the United Kingdom”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2002, pág. 87.

²¹³¹ En este sentido, GARCÍA CANTERO señala que: “[...] así lo explicó en el Congreso el prof. Martín POSCH, de la Universidad de Jena, al explicar su colaboración en la elaboración del *Zivilgesetzbuch* de la DDR, en vigor desde 1976 hasta la caída del Muro”. GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 16.

²¹³² Con relación a la doctrina del “*stare decisis*”, *vid.*: THE OXFORD ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN COMMUNITY LAW, vol. I, Internacional Law, A. G. Toth, Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 493–497. En este mismo sentido, GARCÍA CANTERO señala que: “[...] Cabría imaginar que, difundidos ampliamente los estudios comparativos en el mundo occidental, una de sus nociones elementales, en cierto modo, más popularizadas en el ámbito jurídico de la Europa continental haya sido la diferente

common law).²¹³³ En el Reino Unido, en 1965, la *Law Commision Act*, encomendó a las comisiones inglesa y escocesa, la revisión del derecho y de su reforma, a través de la codificación del mismo.²¹³⁴ La Comisión inglesa se puso a la tarea de dictar proyectos de ley en diversas materias (*contract law, land law and tenant law, family law, etc.*), en lo que atinge al *contract law*, la comisión encargó al prof. MCGREGOR la elaboración de un código.²¹³⁵ No concluyó, sin embargo en la redacción de un código, y años más tarde fue revivido por la Comisión Escocesa y utilizado en parte por el Anteproyecto de Pavía. Además, la aplicación de diversas directivas y reglamentos comunitarios, el Convenio de Viena de 1980 y diversas leyes uniformes por parte de Inglaterra, significa un acercamiento entre el Derecho continental y el *common law*.²¹³⁶ Las conclusiones del congreso estuvieron a cargo del prof. Francés TUNC, quien se refiere a la mera posibilidad de contar con un código común europeo en materia contractual. TUNC expresa, como una forma de constatar el acercamiento entre el Derecho civil continental y el *common law*, la manifestación de los profs. MCGREGOR y FENTIMAN de renunciar a la *consideration*,²¹³⁷ y la de los franceses de dejar de lado la teoría de la

función ejercida, respectivamente, por los jueces y tribunales entre los países del *common law*, simbolizada en los apotegmas *judge made law*, o *stare decisis*, y la misión, aparentemente más modesta, que aquéllos cumplen en el territorio del *civil law*, limitándose a aplicar las normas que promulga otro poder del Estado”. GARCÍA CANTERO, “¿Civil law «versus» common law ..., o viceversa?”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 69, enero-marzo 2009, Op. Cit., pág. 412.

²¹³³ Al respecto, *vid.*: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., págs. 185 y ss.

²¹³⁴ *Cfr.*: PLAZA PENADÉS, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 314.

²¹³⁵ En este sentido, DE PRIEGO FERNÁNDEZ señala que: “Se inspira, [el Anteproyecto] de manera fundamental, en dos modelos, el Libro IV del Código Civil italiano y el *Contract Code* de McGregor”. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 222.

²¹³⁶ *Cfr.*: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 13–17.

²¹³⁷ *Cfr.*: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 183.

causa.²¹³⁸ Aun cuando, ambas nociones no desaparecen de un modo definitivo, pues, aunque la causa no aparezca en el proyecto, las nociones que ella integra pasan a formar parte del contenido del contrato (sus requisitos de licitud y que no tenga un carácter abusivo). Por otra parte, y en cuanto a la *consideration*, ella también está presente, en la casuística de la conclusión del negocio.²¹³⁹ Posteriormente, en 1992,²¹⁴⁰ se creó la Academia de Jurisconsultos Europeos de Pavía, integrada por BRANCACCIO (Presidente), DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, GANDOLFI, STEIN, TRABUCCI, TUNC y WIEACKER.²¹⁴¹ La Academia de Pavía se puso a la labor de elaborar un código de reglas, sobre la base del *Contract Code de McGregor*²¹⁴² y el *Codice civile*²¹⁴³ italiano.²¹⁴⁴ La coordinación la asumió GANDOLFI, y el trabajo se

²¹³⁸ Con relación a la tensión existente entre la “teoría de la causa” y la “*consideration*”, vid.: MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: “«Causa» y «*consideration*» en la formación del contrato: estado actual en el Derecho argentino”, *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani, Atilio A. Alterini y Noemí L Nicolau, (Directs.), La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 401–421.

²¹³⁹ Cfr.: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 194.

²¹⁴⁰ Aunque ya se habían reunido en 1991, con el objeto de constituirse en grupo de trabajo. *Ibidem*, pág. 182.

²¹⁴¹ Según los Estatutos de la ACADEMIA DE PAVÍA, entre los fines de ella, se encuentra: “[...] Preparar la unificación efectiva del Derecho contractual de la Unión Europea, teniendo en cuenta que la misma deberá efectuarse mediante reglas que garanticen que el contrato se convierte en un instrumento eficaz para regular las relaciones en el interior del mercado interno europeo. El contenido de estas reglas debe ser voluntariamente aceptado por todos los países que integran la Unión Europea, sin que en ningún caso represente una imposición forzosa, sino por el contrario una ayuda para resolver los casos no previstos. Deberán tener en cuenta además las exigencias socio–económicas del siglo XXI”. Cfr.: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 22–23.

²¹⁴² Cfr.: VALIÑO ARCOS, “Capítulo XIX. Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto «Gandolfi»: hacia la consecución de un «*Code européen des contrats*»”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 399; VALPUESTA GASTAMINZA, “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Op. Cit., pág. 64.

²¹⁴³ Cfr.: VATTIER FUENZALIDA, “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, *Prólogo, Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. IV, octubre–diciembre 2008, Op. Cit., págs. 1846–1847.

²¹⁴⁴ Es interesante analizar la sentencia de la Sala Segunda del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, de 30 de junio de 2009 –que versa sobre el concepto de “integración europea”–, y el comentario que sobre ella hace BOBES SÁNCHEZ. Cfr.: BOBES SÁNCHEZ, M^a. J.: “La integración europea según el

organizó no sobre la base de comisiones, sino que de dos cuestionarios sobre los temas que se discutirían, uno redactado por GANDOLFI, a partir del Libro IV del *Codice civile* y el *Contract Code*, y el otro elaborado por CIAN, de contenido doctrinario, que se refería a problemas y controversias del Derecho contractual. A finales del s. XX, el resultado de los trabajos fue la elaboración de un Libro I del Código Europeo de Contratos,²¹⁴⁵ que consta de 11 títulos, con 173 artículos en total. Se refiere este libro a la parte general de las obligaciones.²¹⁴⁶ Se debe agregar que, en España no existe consenso en cuanto a los beneficios de contrar con un código civil común europeo.²¹⁴⁷

La filosofía que sustenta el Código europeo de contratos es el principio de la autonomía de la voluntad.²¹⁴⁸ Ésta es la opinión de HESSELINK,²¹⁴⁹ y, a diferencia de

Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del *BVerfG* sobre el Tratado de Lisboa”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Ricardo Alonso García; Javier Díez-Hochleitner y Pablo Pérez Tremps (Directs.), n° 33, Enero–Marzo 2010, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010, págs. 157–186. En este sentido, y para conocer los inconvenientes de la armonización del Derecho europeo, en el ámbito español, *vid.*: QUINTANILLA NAVARRO, M. Á.: “La integración europea y el sistema político español: hacia una nueva perspectiva de análisis”, *Revista de Estudios Europeos*, Alfredo Hernández Sánchez (Direct.), n° 22, Mayo–Agosto 1999, Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, págs. 15–24.; VITERI ZUBIA, I.: “La configuración del término en las propuestas de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa”, *Revista de Derecho privado*, Silvia Díaz Alabart (Direct.), septiembre–octubre 2013, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2013, pág. 66.

²¹⁴⁵ En palabras de DE LOS MOZOS: “[Los 173 artículos] comprenden lo que, en la tradición culta del *Civil law*, se conoce como teoría general del contrato y buena parte de lo que los Códigos tratan en lo que llamamos la parte general del Derecho de obligaciones, aunque, desde la sistemática externa, parezca que sólo se trata del contrato”. DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 183.

²¹⁴⁶ Cfr.: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 19–43.

²¹⁴⁷ Cfr.: GÓMEZ GÁLICO, “Capítulo 25. La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., pág. 546.

²¹⁴⁸ En este sentido, VIGURI PEREA expresa lo siguiente: “La piedra angular sobre la que se sustenta la contratación privada viene determinada por la observancia del principio de la autonomía de la voluntad”. VIGURI PEREA, A.: “Supuestos de incumplimiento”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, pág. 417.

los *PECL* y el *MCR*, que elaboran principios y nociones jurídicas de carácter general, el Anteproyecto presenta un conjunto de normas jurídicas precisas, que intentan ser aplicadas directamente por el juez.²¹⁵⁰

Los títulos regulan: (1) *Introductory provisions*; (2) *Formation of contract*; (3) *Content of contract*; (4) *Formalities of contract*; (5) *Interpretation of contract*; (6) *Effects of contracts*; (7) *Performance of contract*; (8) *Breach of contract*; (9) *Transfer of contract and of relationships*; (10) *Extinction of contract*; (11) *Other contractual anomalies and remedies*.²¹⁵¹ Consta de 173 artículos, novedosamente dispuestos, logrando una cierta sinapsis entre el derecho contractual y el de las obligaciones. Los primeros cinco títulos se refieren a la parte general de las obligaciones (capacidad para celebrar el contrato, formación del mismo, etc.). Luego, a partir del Título VI, trata del derecho de contratos, particularmente en lo que se refiere a los efectos del mismo, elementos accidentales, representación, los contratos a personas por nombrar, etc. Los Títulos VII y VIII regulan el cumplimiento e incumplimiento del contrato, los diversos tipos de obligaciones (solidarias, indivisibles, alternativas, pecuniarias, etc.), y los diversos remedios para el caso de incumplimiento contractual: la acción de incumplimiento, la ejecución forzada de la obligación, la reducción del precio, la resolución contractual, la reparación *in natura* y la indemnización de daños. El Título X, como lo indica su nombre regula la extinción del contrato y los distintos modos de extinguir las obligaciones. Por último, el Título XI se refiere a las anomalías del contrato (v. gr., la inexistencia, la resolución judicial, la cláusula penal, la acción inhibitoria y la acción conminatoria, el arbitraje, etc.).²¹⁵² En este sentido, si bien DE

²¹⁴⁹ Cfr.: HESSELINK, “The Politics of a European Civil Code”, *The Politics of a European Civil Code*, Op. Cit., pág. 157.

²¹⁵⁰ Cfr.: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Op. Cit., pág. 225.

²¹⁵¹ Cfr.: THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW: vol. I, Op. Cit., págs. 208–209.

²¹⁵² Cfr.: VATTIER FUENZALIDA, “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, Prólogo,

LOS MOZOS²¹⁵³ critica el hecho de que a partir del Título VI comienzan a aparecer normas sobre los contratos, al igual que los Títulos VII y VIII, que se refieren al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, y particularmente los artículos 114 a 117, que regulan la resolución contractual por incumplimiento. Lo anterior no lo encuentra un obstáculo relevante, pues, es difícil liberarse del peso de la tradicional justiniana (“*ars legendi del Corpus iuris*”).²¹⁵⁴

3.4.2.– REGULACIÓN EN TORNO AL DERECHO DE OPCIÓN EN EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS.

El Anteproyecto de Código europeo de contratos, siguiendo la tendencia doctrinal imperante, consagra un incumplimiento objetivo,²¹⁵⁵ ya que como expresa el art. 89 (“Noción de incumplimiento”):²¹⁵⁶ “Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones siguientes, se considera incumplida una obligación contractual si uno de los contratantes, o sus colaboradores o encargados, adoptan un comportamiento diferente al previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho

Anuario de Derecho civil, T. LXI, Fasc. IV, octubre–diciembre 2008, Op. Cit., págs. 1848–1849.

²¹⁵³ Cfr.: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., pág. 184.

²¹⁵⁴ *Ídem*.

²¹⁵⁵ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO señala que: “Con todo, la intencionalidad sigue presente, pero con un cariz algo distinto. La inclinación del TS a describir el incumplimiento resolutorio con base en preceptos de la Convención de Viena de 1980 y en las ideas reflejadas en los Principios *Unidroit*, los Principios de Derecho Contractual Europeo (*PECL*) o, últimamente, el Marco Común de Referencia (*DCFR*), se traduce en reputar incumplimiento «esencial» o «fundamental» al que fuere *intencionado*, aunque no sea en sí mismo y por el momento de importancia material, pero da motivo a la otra parte a entender que no podrá en el futuro contar razonablemente con la prestación todavía no cumplida”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., pág. 8223.

²¹⁵⁶ Vid.: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 43.

diferente de la que puede considerarse acordada”.²¹⁵⁷ En el supuesto en que el deudor estima que no podrá cumplir con su obligación, entonces está obligado a avisarle al acreedor este hecho, esta notificación debe realizarse por escrito. Cuando el acreedor no manifiesta su voluntad en orden a declarar incumplida la obligación, no podrá con posterioridad rechazar el cumplimiento de la misma (art. 90). El Anteproyecto también considera la posibilidad de que el acreedor le exija al deudor el otorgamiento de una garantía, en caso de que estime que no le cumplirá en un plazo razonable (art. 91).²¹⁵⁸ En el primer caso, al deudor se le otorga la facultad para que tenga la obligación por incumplida, ya sea porque no puede hacerlo o, simplemente porque no quiere cumplir con su obligación, debiendo el deudor informarle de esta situación al acreedor. Ante esta notificación, el acreedor puede avisarle al deudor, dentro del plazo de ocho días, contados desde la fecha de recepción de la notificación del deudor, su voluntad en orden a que la obligación se considera totalmente incumplida. En caso de que el acreedor no exprese su voluntad en el plazo precedente, el deudor conserva la facultad para cumplir con su obligación, es decir, puede el deudor cambiar de opinión, decidiendo cumplir la obligación, siempre que sea antes de la fecha de cumplimiento. En el segundo caso, en cambio, es el acreedor el que se encuentra facultado para solicitarle al deudor que le otorgue una garantía adecuada, en caso de que aparece como razonable que el deudor no está en condiciones para cumplir con su obligación, en los términos acordados, o de cumplirla sin menoscabos fundamentales. En caso de no acceder el deudor a lo

²¹⁵⁷ En este sentido, RAMS ALBESA señala que: “El tratamiento que los redactores del Anteproyecto dan a las obligaciones pecuniarias me parece bastante ajustado a la realidad de este concreto tipo obligacional, por lo que bien poco puede comentarse al respecto, si bien pueden formularse algunas ideas que, en su caso, pueden coadyuvar a su mejora”. RAMS ALBESA, “Ejecución de ciertas obligaciones contractuales”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 359.

²¹⁵⁸ En este sentido, LOBATO GÓMEZ expresa lo siguiente: “Con un original planteamiento que resulta absolutamente extraño para nuestro Derecho vigente, los artículos 90 y 91 del CEC toman en consideración determinadas situaciones que pueden originar incumplimiento del contrato aún antes de expirar el término de que el deudor dispone para realizar la prestación convenida, bien por iniciativa del deudor, bien por iniciativa del acreedor”. LOBATO GÓMEZ, J. M.: “El incumplimiento del contrato”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, pág. 375.

solicitado, el acreedor puede dar por incumplida la obligación, aun antes de expirar el plazo que tiene el primero para cumplirla.²¹⁵⁹ Por otra parte, el deudor se encuentra facultado para exigirle al acreedor una renegociación de los términos del contrato (art. 157),²¹⁶⁰ cuando, a consecuencia de hechos extraordinarios e imprevisibles para las partes al tiempo de contratar, su obligación se torna en excesivamente gravosa, abonándole al acreedor el interés negativo, cuando el negocio contenía una garantía explícita o implícitamente.²¹⁶¹ Para POVEDA BERNAL, la solución contenida en el art 157 parece “reemplazar” a la cláusula *rebus sic stantibus*, en armonía con el objetivo del Anteproyecto de terminar primero con las vías de negociación, antes de proceder a activar los remedios resolutorios.²¹⁶² No es posible deducir ninguna acción durante el plazo de tres meses, contados desde la fecha de la declaración de la parte que desea valerse de esta facultad, con el fin de renegociar las cláusulas del contrato (art. 157.2). En caso de no alcanzar un acuerdo, el afectado, dentro del plazo de 60 días, puede deducir demanda ante tribunal competente (art. 157.4). Por último, se le otorga competencia al juez para que, teniendo en cuenta las peticiones e intereses de los contratantes, y recurriendo eventualmente a la prueba de peritos, pueda ordenar la modificación o resolución del contrato, sea en su conjunto o parcialmente, y si procede, ordenar la restitución entregadas en virtud del contrato.²¹⁶³ El Anteproyecto propone

²¹⁵⁹ Cfr.: LOBATO GÓMEZ, “El incumplimiento del contrato”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Op. Cit., págs. 375–376.

²¹⁶⁰ Al respecto, vid.: POVEDA BERNAL, M. I.: “Remedios ante situaciones contractuales anómalas”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 592–593.

²¹⁶¹ Cfr.: VATTIER FUENZALIDA, C.: “Capítulo XXI. El Anteproyecto de Pavía”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 432–433.

²¹⁶² Cfr.: POVEDA BERNAL, “Remedios ante situaciones contractuales anómalas”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 592.

²¹⁶³ Cfr.: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 84–85.

una serie de remedios para el caso de incumplimiento contractual: (i) la suspensión del cumplimiento (art. 108); (ii) la concesión de un plazo de gracia y plazos especiales (art. 110); (iii) la reducción del precio (art. 113); (iv) el cumplimiento específico (art. 111); (v) la restitución de las especies dadas o entregadas (arts. 115 y 160); (vi) la declaración de daño sufrido (art. 171); (vii) la indemnización de daños y perjuicios (art. 111); (viii) las acciones inhibitoria y conminatoria (art. 172); (ix) la resolución (arts. 114 y 158); (x) la renegociación del contrato por efecto de la cláusula *rebus sic stantibus* (art. 157); (xi) la cláusula penal (art. 170); (xii) la cláusula de exoneración (art. 106) y (xiii) el arbitraje (art. 173). Lo importante es que estos remedios no son incompatibles entre sí, salvo que acumulados, sobrepasen los perjuicios experimentados por el acreedor o deriven en una situación insostenible²¹⁶⁴ para el deudor.²¹⁶⁵

En cuanto al derecho de opción, el Anteproyecto exige que se trate de un incumplimiento de importancia relevante. En efecto, el artículo 107 (“Incumplimiento grave”)²¹⁶⁶ del Anteproyecto dispone que: “1. Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no

²¹⁶⁴ En este sentido, DE CASTRO VÍTORES expresa lo siguiente: “En cuanto a la acumulación de remedios, está previsto, como todo el sistema, al servicio de la satisfacción del interés contractual (positivo y/o negativo) del acreedor, que marca el límite de su utilización, así como el criterio de que no desemboque en una situación «insostenible» para el deudor”. DE CASTRO VÍTORES, G.: “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, pág. 637.

²¹⁶⁵ Cfr.: VATTIER FUENZALIDA, “Capítulo XXI. El Anteproyecto de Pavía”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., págs. 433–434.

²¹⁶⁶ En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA señala que: “En la regulación que de los efectos del incumplimiento contractual contiene el Anteproyecto se aprecia el influjo de algunas de las más modernas tendencias sobre la materia, al partirse expresamente de un concepto funcional de incumplimiento que, según cuál sea su gravedad o trascendencia, va a permitir la puesta en marcha por el acreedor de unos u otros remedios”. YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, pág. 435.

secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato. 2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando éste: a) es total; b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto.²¹⁶⁷ 3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor”.²¹⁶⁸ En este punto, el Anteproyecto siguió a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980, particularmente en su artículo 25, que dispone: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.²¹⁶⁹ El Anteproyecto establece que estamos frente a un incumplimiento relevante cuando es total o, cuando siendo parcial, el interés del acreedor en obtener el resto haya desaparecido objetivamente.²¹⁷⁰ Ahora bien, las prestaciones secundarias son aquellas que no presentan una relevancia menor para la

²¹⁶⁷ En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA señala que: “El art. 107 califica de incumplimiento de importancia relevante al que concierne a las prestaciones principales, así como al que comporta para el acreedor un perjuicio que le priva sustancialmente de lo que esperaba del contrato. Tal cosa ocurrirá, desde luego, cuando el incumplimiento es total, pero también cuando, siendo parcial, suponga la objetiva desaparición del interés del acreedor a obtener el resto de la prestación”. YZQUIERDO TOLSADA, “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II, Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., págs. 435–436.

²¹⁶⁸ GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 52.

²¹⁶⁹ PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.uncitral.org>>, pág. 18.

²¹⁷⁰ Al respecto, *vid.*: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., pág. 24.

economía del negocio y para el interés del acreedor.²¹⁷¹

En general, la doctrina ha dicho que el Anteproyecto ha seguido al sistema alemán del “*nachfrist*”,²¹⁷² que fue también establecida por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.²¹⁷³ En efecto, el artículo 114 de dicho texto dispone que: “1. Si se produce un incumplimiento grave, en el sentido del art. 107, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto. 2. Si el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento de determinada prestación por una de las partes atribuye a la otra parte el derecho a resolver el contrato, el incumplimiento se considerará, en todo caso, grave en el sentido del art. 107, y el contrato se considerará resuelto desde el momento en que la parte interesada notifique al deudor que quiere hacer uso de la cláusula en cuestión. 3. Una vez transcurrido el plazo indicado en el primer apartado del presente artículo, o si el deudor ha recibido la notificación mencionada en el segundo apartado del presente artículo, el acreedor no puede exigir el cumplimiento del contrato, pudiendo rechazarlo, y el deudor no está obligado a cumplir. El acreedor puede además ejercitar los derechos indicados en los arts. 115 y 116. 4.”²¹⁷⁴ La resolución del contrato también puede ser parcial en aquellos casos en que, aunque el deudor no haya cumplido la totalidad de la obligación, el

²¹⁷¹ *Cfr.*: CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS. LIBRO I: DE LOS CONTRATOS EN GENERAL, LIBRO II, TÍTULO I: DE LA COMPRAVENTA: Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi (Presentadores), Traducc. de José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2009, págs. 25–26.

²¹⁷² En este sentido, MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS señala que: “Esta institución, desconocida en el derecho angloamericano, se ha recogido en los textos aquí comentados, conforme a los cuales se permite a las partes fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por la otra parte de sus obligaciones”. MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Op. Cit.*, pág. 692.

²¹⁷³ *Cfr.*: CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS. LIBRO I: DE LOS CONTRATOS EN GENERAL, LIBRO II, TÍTULO I: DE LA COMPRAVENTA: Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi (Presentadores), Traducc. de José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2009, pág. 26.

²¹⁷⁴ *Cfr.*: VATTIER FUENZALIDA, “Capítulo XXI. El Anteproyecto de Pavía”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, *Op. Cit.*, pág. 433.

acreedor acepte la parte recibida, ejercitando el derecho a pagar un precio proporcionalmente inferior como se prevé en los arts. 92 y 93. 5. Si el incumplimiento se produce durante la ejecución de un contrato de cumplimiento continuo o periódico, el efecto de la resolución no afecta a las prestaciones cumplidas con anterioridad.²¹⁷⁵ 6. El acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si el cumplimiento depende exclusivamente de una acción u omisión que le sea imputable, a reserva de la facultad de aplicar los arts. 103 y 104. Tampoco tendrá este derecho si ha hecho creer a la otra parte que no procedería a la resolución, aún tratándose de un incumplimiento grave”.²¹⁷⁶ Es decir, en caso de incumplimiento de importancia relevante, el contratante cumplidor puede proceder a efectuar la resolución extrajudicial, requiriendo al contratante incumplidor para que, dentro de un plazo que no puede ser inferior a 15 días, cumpla con su obligación. En caso que transcurra este término, el contrato quedará resuelto *ipso iure*, salvo que los contratantes hubieren convenido una cláusula resolutoria.²¹⁷⁷ Esta resolución unilateral puede ser sometida a la revisión judicial,

²¹⁷⁵ En este sentido, CARRASCO PERERA señala que: “*What does « non-performance » mean in general ; European Civil Codes did not give any answer to this question because most of them did not know a general expression to integrate all sorts of failure of contractual obligations. According to the comments from the European Commission, some academic European lawyers have raised a « particular concern about remedies for breach », as a subject matter in which the multiplicity of national rules creates problems for the internal market*”. CARRASCO PERERA, Á.: “Failure, breach and non-conformity in contracts. A Spanish and European approach”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 301.

²¹⁷⁶ Cfr.: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 55–56.

²¹⁷⁷ Cfr.: CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS. LIBRO I: DE LOS CONTRATOS EN GENERAL, LIBRO II, TÍTULO I: DE LA COMPRAVENTA: Carlos de Cores y Giuseppe Gandolfi (Presentadores), Traducc. de José Luis de los Mozos y Carlos Rogel, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2009, pág. 26. En cuanto a la restitución de las cosas dadas o entregadas en virtud del contrato, el art. 115 dispone que: “A reserva de lo previsto en el art. 114 aptdo. 5º, el acreedor, como consecuencia de la resolución del contrato, tiene derecho a exigir al deudor que ha incumplido la restitución de lo que le ha dado para realizar la prestación que le es debida o, en todo caso, cualquier prestación a causa del contrato, sin perjuicio del derecho a obtener daños y perjuicios y del deber de restitución previsto en el art. 160”. Por su parte, el art. 117 señala que: “El ejercicio por parte del acreedor de los derechos previstos en los artículos precedentes no perjudicará los derechos que los terceros hayan adquirido de buena fe sobre cosas del acreedor o sobre las que le sean debidas, antes de que él mismo, teniendo serios motivos para temer el incumplimiento, les haya apercibido por escrito o antes de que, cuando se trate de cosas inmuebles o muebles inscritas, se haya hecho constar la demanda en los registros inmobiliarios públicos, según las reglas en vigor en cada Estado. Y esto, salvo lo

pudiendo el tribunal: (i) confirmarla, ordenando la restitución conforme a los arts. 162 y siguientes, (ii) negarla, por no cumplirse las condiciones de la misma, (iii) otorgarle al deudor una prórroga del plazo de cumplimiento o (iv) declarar la resolución parcial del contrato.²¹⁷⁸ Es interesante que el Anteproyecto regule la resolución parcial del contrato. En este sentido, el artículo 77 (“Cumplimiento parcial”), dispone que: “1. El acreedor puede rehusar el cumplimiento parcial, aunque la prestación sea divisible, salvo que el contrato, la ley o los usos dispongan otra cosa. 2. Sin embargo, si la deuda se compone de una parte líquida y de otra ilíquida, el deudor podrá realizar, y el acreedor exigir, el pago de la primera en los términos previstos en el contrato o en el presente Código,²¹⁷⁹ sin esperar a que la segunda sea líquida”.²¹⁸⁰ También proceden los llamados remedios suspensivos, aun cuando el incumplimiento no tenga el carácter de relevante.²¹⁸¹ Éstos son (a) el cumplimiento forzado de la obligación (art. 111),²¹⁸² (b) la reparación de los defectos de la cosa entregada o, en su defecto, el reemplazo de la misma (art. 112), (c) la acción estimatoria o *quantum minoris* (art. 113). En cambio,

dispuesto en el art. 161”. GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 56.

²¹⁷⁸ Cfr.: POVEDA BERNAL, “Remedios ante situaciones contractuales anómalas”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., págs. 593–594.

²¹⁷⁹ En este sentido, POVEDA BERNAL, señala que: “La posibilidad de resolución parcial y también las otras medidas que tratan de evitar la resolución debe conectarse con la exigencia en la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos de que el incumplimiento sea relevante o concurran en el determinados requisitos”. *Ibidem*, pág. 595.

²¹⁸⁰ GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 37.

²¹⁸¹ En este sentido, POVEDA BERNAL señala que: “En cualquier caso, con estas medidas que tratan de evitar la resolución, se trata no sólo de favorecer los intereses del deudor dándole nuevas posibilidades y oportunidades para cumplir, sino también de no perjudicar los del acreedor mediante una amplia consideración de los daños resarcibles como consecuencia del incumplimiento”. POVEDA BERNAL, “Remedios ante situaciones contractuales anómalas”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 595.

²¹⁸² Al respecto, *vid.*: VATTIER FUENZALIDA, “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, Prólogo, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. IV, octubre–diciembre 2008, Op. Cit., pág. 1859.

cuando se trata de un incumplimiento relevante, sólo proceden los remedios resolutorios (art. 114).²¹⁸³

En cuanto al incumplimiento anticipado,²¹⁸⁴ el Código europeo de contratos, en sus artículos 90 y 91, decreta que el incumplimiento puede verificarse cuando el deudor manifiesta su voluntad en orden a incumplir su deber y cuando el deudor no se halla en situación de poder cumplir.²¹⁸⁵ En este sentido, dispone el artículo 90 (“Deudor que declara por escrito no querer cumplir”), lo siguiente: “1. Si el deudor declara por escrito al acreedor no tener intención de cumplir, este último tiene la facultad de notificarle por escrito y sin demora, y en todo caso dentro de ocho días, que en virtud de esta declaración considera la obligación incumplida. En defecto de dicha notificación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tenga lugar posteriormente. 2. El deudor, dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la notificación mencionada en el apartado anterior, puede impugnarla por escrito; y si, en los ocho días que siguen, el acreedor no reconsidera por escrito su posición, deberá el deudor dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo. 3. Salvo pacto en contrario entre las partes, los plazos indicados en los apartados anteriores y en los artículos siguientes se suspenden en los periodos festivos y vacacionales habituales y conforme a lo previsto en el art. 58”.²¹⁸⁶

²¹⁸³ Cfr.: YZQUIERDO TOLSADA, “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 436.

²¹⁸⁴ Cfr.: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., pág. 11.

²¹⁸⁵ Cfr.: *Ibidem*, pág. 13.

²¹⁸⁶ Cfr.: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 44–45.

La jurisprudencia española ha recepcionado la noción de incumplimiento anticipado, así, se pueden citar la STS de 4 de febrero de 1997, (RJ/1997/675), que decreta la resolución de la obligación por incumplimiento del constructor, se probó el retraso en la ejecución de las obras, de tal forma que se dedujo que no es cierto que no cumplirá en el plazo previsto.²¹⁸⁷ En este sentido, el art. 109 señala que: “1. Salvo lo previsto en el art. 101, el acreedor tiene derecho a rechazar el cumplimiento que se le ofrece o que se realiza antes del vencimiento convenido, o en cantidad superior a la debida, siempre que su rechazo no sea contrario a la buena fe en el sentido previsto en el artículo anterior, en la medida en que sea aplicable. 2. El acreedor tiene, en todo caso, el derecho de rechazar el cumplimiento que se le ofrece o se realiza después del vencimiento de un término pactado como esencial”.²¹⁸⁸ Por su parte, el art. 91 (“Deudor que no se halla en situación de cumplir”), dispone que: “1. Si antes del vencimiento del plazo, resulta razonable estimar que el deudor no está o no se ha situado en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no se encuentra en situación de cumplirla sin defectos notables, y que todo ello no es debido a una acción u omisión del acreedor, este último puede instarle por escrito a que, en un plazo razonable, que no será inferior a quince días, garantice adecuadamente el cumplimiento futuro con la advertencia de que a falta de garantía el incumplimiento se considerará definitivo. 2. El deudor, si no proporciona la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, impugnar por escrito a la solicitud del acreedor y debe, si este último no reconsidera por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En

²¹⁸⁷ Cfr.: ANDREAU MARTÍNEZ, “«Incumplimiento anticipado»: regulación en los Principios de Derecho Contractual Europeo y soluciones a la vista del Código civil español”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Op. Cit., pág. 337.

²¹⁸⁸ GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 52–53. El art. 110, por su parte, dispone que: “1. Si el acreedor o el juez han concedido un plazo suplementario al deudor que todavía no ha iniciado el cumplimiento o que sólo lo ha efectuado parcialmente, el acreedor no puede, hasta el vencimiento del término, hacer uso de los remedios previstos en los artículos siguientes, a reserva de la facultad de solicitar al juez medidas cautelares o la suspensión de tal plazo, sin perjuicio de eventuales daños y perjuicios. 2. Si el acreedor o el juez han concedido al deudor la facultad de pagar a plazos la deuda, éste pierde el beneficio del aplazamiento si no efectúa un desembolso superior a la octava parte de la deuda”, *Ibidem*, pág. 53.

caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo”.²¹⁸⁹ Por otra parte, el art. 108 (“Derecho del acreedor a suspender el cumplimiento de los contratos sinalagmáticos”), dispone que: “1. En los contratos sinalagmáticos, si una de las partes incumple o no ofrece cumplir su obligación, cualquiera que sea la gravedad del incumplimiento, el acreedor tiene la facultad de suspender la prestación debida por él simultánea o sucesivamente, salvo que tal suspensión sea contraria a la buena fe. 2. Se considera como contrario a la buena fe la suspensión: a) que ocasione a la otra parte consecuencias excesivamente onerosas; b) cuando, a pesar de que se haya comprobado que el incumplimiento es de escasa entidad, la suspensión conlleve la extinción de la obligación del acreedor; c) que perjudique un derecho fundamental de la persona”.²¹⁹⁰

Por lo que se refiere al cumplimiento específico,²¹⁹¹ el art. 111 dispone que: “1. Si el deudor todavía no ha cumplido la obligación, cualquiera que sea la importancia del incumplimiento, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento o a que lo complete en forma específica si es objetivamente posible y, en todo caso, a reserva de daños y perjuicios.”²¹⁹² 2. En particular, el acreedor puede solicitar al juez: a) la entrega de cosa

²¹⁸⁹ Cfr.: GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 44–45. Lo anterior se encuentra recogido, según GARCÍA PÉREZ, en varios textos legales europeos, v. gr., se pueden mencionar: *CODE OF OBLIGATIONS* SUIZO, artículo 108, n° 1; *CÓDIGO CIVIL HOLANDÉS (BURGERLIJKE WETBOEK)*, Book 6, artículo 80.1; *CODICE CIVILE ITALIANO*, artículo 1219, *CÓDIGO CIVIL GRIEGO (ΑΚ-Αστικός Κώδικας)*, artículo 385.1; *BGB* alemán, §§ 321 y 323 (2) y (4). También ciertos textos que aun no son ley: *PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS DE LA CHANCELLERIE* de 2008, artículo 169 y *PROYECTO POUR UNE RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS* de François TERRÉ, artículo 104, entre otros. Cfr.: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., págs. 14–15.

²¹⁹⁰ GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 52.

²¹⁹¹ Al respecto, vid.: VATTIER FUENZALIDA, “Capítulo XXI. El Anteproyecto de Pavía”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 434.

²¹⁹² En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA señala que: “La acción de cumplimiento específico se basa en el hecho objetivo del incumplimiento: la obligación subsiste, y subsiste insatisfecha, pues la imposibilidad de prestar se ha debido a hecho imputable al deudor (o éste se encontraba en mora)”. YZQUIERDO TOLSADA, “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios

cierta y determinada o las cosas genéricas que se le deban, cuando el deudor las tenga en su poder o las haya transmitido a un tercero de mala fe o por un acto simulado; b) la autorización para obtener, en la medida de lo posible, y a costa del deudor, la cosa cierta y determinada o las cosas genéricas que se le deban, que estén en poder de terceros; c) que el deudor sea condenado a cumplir su obligación, en la medida de lo posible, o a completar la prestación debida. También puede obtener la autorización del juez de cumplir o completar el mismo la obligación o de hacerla cumplir o completar por terceros, a costa del deudor; d) que el deudor sea condenado a destruir lo que ha realizado incumpliendo una obligación de no hacer. También puede obtener la autorización del juez de destruir por si mismo o de hacer destruir por terceros, a costa del deudor, lo que ha realizado éste incumpliendo una obligación de no hacer; e) una sentencia que produzca el efecto jurídico del contrato que el deudor se había comprometido a celebrar mediante un contrato preliminar incumplido. 3. Para estimular al deudor incumplidor a cumplir la condena para asegurar en forma específica el cumplimiento de la prestación que es objetivamente posible, el juez puede además condenar al deudor, si incumple o cumple con retraso, al pago de una multa cuya cuantía no excederá el triple del valor de la prestación debida, y que corresponderá en la proporción del 70% al acreedor y del 30% al Estado. Tal multa puede consistir en una suma fija que genere intereses en la medida fijada por el juez, o en una suma debida por cada día de retraso, que se repartirá en las proporciones indicadas”.²¹⁹³

El Anteproyecto de Código civil europeo de contratos, consagra también el derecho de sustitución y reparación, establecido en el art. 112, que reza: “1. Si el deudor no cumple la obligación total o parcialmente, el acreedor tiene el derecho, a reserva de

solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 442.

²¹⁹³ GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., págs. 53–54.

daños y perjuicios, de obtener, en la medida en que esto sea objetivamente o subjetivamente posible, que el deudor: a) le entregue una cosa diferente sobre la que puede disponer libremente, o efectúe una prestación diferente –y que por ello el interés del acreedor se realice de manera satisfactoria– mediante el pago ulterior de una suma o la eventual restitución de una parte de la suma entregada que, en caso de desacuerdo, será fijada por el juez en el caso en que la cosa o la prestación diferentes tengan mayor o menor valor; b) provea las reparaciones que son necesarias para eliminar los defectos o imperfecciones de la cosa entregada o de la obra efectuada; c) provea, en caso de que los problemas nazcan con la puesta en funcionamiento o la utilización de la cosa entregada debido a una imperfección de la misma, a su instalación, funcionamiento o envío de técnicos que expliquen la utilización y, eventualmente, que se encarguen durante un cierto tiempo del mantenimiento necesario para un buen uso. 2. El acreedor puede, además, ser autorizado por el juez para realizar las reparaciones necesarias él mismo o por terceros, a costa del deudor. 3. El acreedor que pretenda ejercitar los derechos antes indicados debe notificarlo inmediatamente al deudor desde el momento que descubra los defectos. 4. Antes de que el acreedor haya enviado la notificación a que se refiere el apartado anterior al deudor, este, notificándolo al acreedor, podrá sustituir o eliminar los defectos o completar la entrega, a su costa”.²¹⁹⁴ En virtud del art. 112, entonces, el contratante cumplidor tiene la facultad, en caso de incumplimiento contractual, de solicitar la entrega de una prestación diferente, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que pueda pedir. La doctrina ha señalado que en esta norma, se debió decir derechamente, que la prestación del equivalente es un cumplimiento verdadero, y no una indemnización de perjuicios.²¹⁹⁵

²¹⁹⁴ GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 54.

²¹⁹⁵ *Cfr.*: YZQUIERDO TOLSADA, “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 441. En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA agrega que: “La indemnización no es nunca sustitutiva del cumplimiento específico, pero tampoco del cumplimiento por el equivalente, sino siempre adicional”. *Ibidem*, pág. 442.

En cuanto al remedio de la reducción del precio, el artículo 113 dispone que: “1. El acreedor que acepte la entrega de cosa diferente de valor inferior, o con imperfecciones, o un conjunto de cosas de valor inferior al debido, o una prestación de hacer diferente a la convenida o con imperfecciones, tendrá derecho, notificándolo en tiempo útil al deudor, a pagar un precio inferior al convenido. Podrá, en su caso, exigir la restitución de parte de la suma entregada, en la proporción fijada por el juez en defecto de acuerdo. 2. Si la prestación ofrecida o efectuada tiene un valor superior al debido, se aplicarán las reglas del art. 101”.²¹⁹⁶

Por último, en cuanto al remedio de la indemnización de daños y perjuicios, el art. 116 dispone lo siguiente: “1. A reserva de lo previsto en los artículos precedentes, en caso de incumplimiento y cualquiera que sea la gravedad, el acreedor tiene derecho a obtener del deudor la indemnización de los daños causados, tal y como se prevén en los arts. 162 y ss. 2. Tal derecho puede ejercitarse acumulativamente con los previstos en los preceptos precedentes, según lo previsto en éstos y en el art. 171”.²¹⁹⁷ Por lo tanto, la indemnización de daños y perjuicios siempre procede, al margen, de los remedios suspensivos o resolutorios.²¹⁹⁸ Es decir, en virtud de esta norma, se dispone la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, en el caso de incumplimiento total, cumplimiento inexacto o retraso en el cumplimiento, a menos que exista una causa extraña, ajena a la voluntad del deudor, de carácter imprevisible e irresistible (art. 162.1), o en las prestaciones profesionales, el deudor acredite que cumplió diligentemente con su labor (art. 162.3), debiendo en todo caso el acreedor probar la existencia y cuantía del daño o perjuicio (art. 162.7). La indemnización comprende

²¹⁹⁶ GARCÍA CANTERO, “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, Op. Cit., pág. 55.

²¹⁹⁷ *Ibidem*, pág. 56.

²¹⁹⁸ Cfr.: YZQUIERDO TOLSADA, “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 436.

tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 163.1) y el daño moral o no patrimonial (art. 164).²¹⁹⁹

Cuando existe incumplimiento contractual, el deudor deberá indemnizar los daños y perjuicios razonables, que se consideran causados al acreedor.²²⁰⁰ El acreedor deberá, probar los daños causados, por ello, se dice, que la indemnización de daños y perjuicios no es un remedio automático, sino que hipotético o eventual.²²⁰¹ El deudor puede acreditar que los daños obedecen a una conducta extraña a la voluntad del deudor, o bien si acredita haber adoptado la debida diligencia en el cumplimiento de su profesión u oficio, respondiendo únicamente de la culpa grave o lata cuando hubiera actuado con el consentimiento del afectado, sus representantes, personas cercanas a él o su asistente legal, que hubieran sido informados (art. 162, apartados 1º y 3º).²²⁰²

3.4.3.– A MODO DE CONCLUSIONES.

El Código europeo de contratos se estructura, principalmente, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad (HESSELINK).²²⁰³ Además, constituye, a

²¹⁹⁹ Cfr.: JIMÉNEZ MUÑOZ, “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Op. Cit., págs. 429–430.

²²⁰⁰ Con relación al resarcimiento de los daños y perjuicios, *vid.*: VICENTE DOMINGO, “El resarcimiento de los daños”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., págs. 601–617.

²²⁰¹ Cfr.: YZQUIERDO TOLSADA, “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Op. Cit., pág. 443.

²²⁰² Cfr.: VATTIER FUENZALIDA, “Capítulo XXI. El Anteproyecto de Pavía”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Op. Cit., pág. 435.

²²⁰³ Cfr.: HESSELINK, “The Politics of a European Civil Code”, *The Politics of a European Civil Code*, Op. Cit., pág. 157. Al respecto, *vid. supra*, nota nº 2156, pág. 526.

diferencia de los *PECL* y del MCR, un verdadero código, que le otorga una cierta ventaja, pues, el juez lo puede aplicar de manera precisa al caso concreto sometido a su conocimiento. El Proyecto de Pavía de GANDOLFI pretende, en mi opinión, emular a los *Restatements of the Law* del Derecho norteamericano. Presenta las ventajas propias de un código civil: existe una cierta armonía entre sus normas, lo que atenúa la posibilidad de que existan contradicciones. Asimismo, consagra el incumplimiento objetivo (artículo 89), lo que está conforme con las modernas tendencias del Derecho civil. También resulta interesante la preferencia que el Proyecto le otorga al proceso de negociación, por sobre los remedios resolutorios.

Estimo que el Código de GANDOLFI exagera el rol de la autonomía de la voluntad. Al parecer el neoliberalismo económico²²⁰⁴ (“*laissez faire, laissez passer*”),²²⁰⁵ pretende revivir el proceso de dictación del *Code* francés, que alzó a la autonomía de la voluntad al estatus de verdadero dogma,²²⁰⁶ aun cuando, en mi opinión, nunca lo llegó a alcanzar.²²⁰⁷ El Proyecto de GANDOLFI, al igual que el *Code*, se sustenta en la tesis voluntarista,²²⁰⁸ (fundamento del art. 1134 del *Code*),²²⁰⁹ que

²²⁰⁴ Cfr.: LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, T. III, Op. Cit., págs. 94–95; REZZÓNICO, *Principios fundamentales de los contratos. Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria, forma. Consensualismo. Equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe*, Op. Cit., pág. 191.

²²⁰⁵ En este sentido, BIANCA, señala que: “La idea del contrato como manifestación libre de voluntad correspondió a la profunda transformación cultural y económica impulsada por el advenimiento de la industria y del capitalismo moderno entre fines del 1700 y el 1800, que debía traer consigo la afirmación de una nueva sociedad liberal y burguesa”. BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., pág. 46. Vid. también: SORO RUSSELL, “El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”, Alicia Real Pérez (Direct.), Op. Cit., pág. 12.

²²⁰⁶ En este sentido, BIANCA señala que: “En términos ideológicos claros, la confutación del dogma de la voluntad fue elaborada por la doctrina marxista”. BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., pág. 47.

²²⁰⁷ Cfr.: ENCICLOPEDIA JURÍDICA LA LEY: Enrique Arnaldo Alcubilla (Coord. General), T. 5, Op. Cit., pág. 2907. En este sentido, VILLA-REAL MOLINA y DEL ARCO TORRES señalan que: “No se olvide, empero, la corriente intervencionista en materia de contratación [...]”. VILLA-REAL MOLINA y DEL ARCO TORRES, *Diccionario de términos jurídicos*, Op. Cit., pág. 47.

²²⁰⁸ En este sentido, CARBONNIER señala que: “*C’est une théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation: si l’homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c’est parce qu’il l’a voulu; le contra test le principe de la vie juridique; la volonté individuelle, le principe du contrat. Cette théorie a marqué le C.C.*”

consagra la voluntad individual como el motor que hace eclosionar el negocio jurídico.²²¹⁰ En este sentido, señalan los hermanos MAZEAUD y CHABAS lo siguiente: “A los ojos de los filósofos del siglo 18 la voluntad es la fuente de todos los derechos”.²²¹¹ Al parecer, en este punto, existe una tendencia a imponer los criterios económicos del Derecho anglosajón en toda Europa.²²¹² Lo anterior se ha aplicado en España, así, v. gr., la STS de 20 de mayo de 1943 dispone que: “No está en las

en harmonie avec l'ideologie individualiste de 1804”. CARBONNIER, J.: *DROIT CIVIL*, T. 4, *Les obligations*, Op. Cit., pág. 53.

²²⁰⁹ En este sentido, la doctrina ha señalado que: “[...] aunque sea tradicional la comparación del contrato y la ley, y pudiera parecer particularmente exacta la analogía entre ambos a los autores del *Code*. [Se] concluye que del artículo 1.134 sólo debe retenerse la idea de la fuerza obligatoria del contrato”. MARTÍN PÉREZ, J. A.: “Artículos 1.088 a 1.100”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1.º, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Manuel Albaladejo García (Direct.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 188.

²²¹⁰ Cfr.: LACRUZ BERDEJO; SANCHO REBULLIDA; LUNA SERRANO; DELGADO ECHEVERRÍA; RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 2011, Op. Cit., pág. 329; MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito civil português*, I. Parte general, T. I, 3.ª edição, aumentada e inteiramente revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, págs. 396–397.

²²¹¹ MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS, *Derecho civil*, Obligaciones, T. I, Op. Cit., pág. 146. En el s. XIX se extendió un arduo debate entre los defensores del liberalismo y las escuelas sociales o socialistas (principalmente DUGUIOT). Estos últimos argüían que la voluntad particular no basta por sí sola para generar el acto jurídico, sino que, además, se requiere de una voluntad “social”. Cfr.: MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS, *Derecho civil*, Obligaciones, T. I, Op. Cit., pág. 147. Vid. también: MARINI, L.: “Libera circolazione delle merci”, *Tratado di Diritto privato*, diretto da Mario Bessone, vol. XXVI, *Il Diritto privato dell'unione europea*, a cura di Antonio Tizzano, T. I, G. Giappichelli Editrice, Torino, 2000, págs. 169–202. En este sentido, DE BUEN LOZANO señala que: “[...] tal vez un prudente respeto por los antecedentes sagrados del Código napoleónico, se acepta a pies juntillas, que el dogma encuentra su formal expresión en el art. 1134 del Código francés, en el que nosotros no podemos ver más que una declaración, un tanto rimbombante, que tiene muy poco de cierta”. DE BUEN LOZANO, N.: *La decadencia del contrato. Con un Apéndice «veinte años después»*, Segunda Edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1986, pág. 210.

²²¹² En el Derecho inglés, la doctrina ha dicho que en el sistema del *common law*, la obligación contractual era entendida como una obligación absoluta, a partir del precedente “*Paradine v Jane*”, en 1647, interpretación que se mantuvo hasta el siglo XIX. Aquí se sitúa el origen de la teoría de la frustración en el Derecho británico. Jane era inquilino de un solar de propiedad de Paradine por un cierto plazo. La renta debía pagarla anualmente. El territorio fue ocupado por el Príncipe germano Ruperto, por tres años. El King’s Bench ordena que el inquilino pague la renta correspondiente al periodo de ocupación, considerando que la relación jurídica contractualmente creada, obliga a las partes a cumplirla, incluso cuando acaece un caso fortuito o fuerza mayor. La jurisprudencia escocesa, (“*Clark v Glasgow Assurance Co.*”), agrega que todo caso fortuito debe ser precavido y considerado en el contrato. En USA, también se falló en este mismo sentido, (“*Adams v Nichols*”) en 1837. En el Derecho continental, el *pacta sunt servanda*, se incoó a través de la consagración legislativa, v. gr., el artículo 1134 del *Code* francés. Cfr.: SÁNCHEZ LORENZO, “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, Op. Cit., pág. 46.

facultades del juzgador negar la eficacia jurídica que a lo libremente pactado corresponde, cuando no hay motivo suficiente para declararlo contrario a las leyes, a la moral o al orden público [...]”.²²¹³ Considero que el principio de la autonomía de la voluntad no es por sí solo, capaz de explicar la relación contractual, se precisa, además, de la existencia de una causa lícita que se sustente en el principio de la buena fe.²²¹⁴

Por último, un segundo problema que se atisba, es el Proyecto de Pavía choca contra la tradición anglosajona del Derecho consuetudinario y jurisprudencial, lo que hace difícil pensar en una verdadera unificación del Derecho continental europeo con la tradición anglosajona.

3.5.– LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN CIVIL.

3.5.1.– ANTECEDENTES.

Uno de los pocos proyectos sobre modernización del Código civil español, en cuanto al derecho contractual, y particularmente en lo que se refiere al derecho de

²²¹³ REVISTA DE DERECHO PRIVADO: “Jurisprudencia del T. S.”, *Revista de Derecho Privado*, T. XXVII, enero–diciembre de 1943, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pág. 665. A favor del principio de la autonomía de la voluntad se han esgrimido algunos fundamentos: (a) Desde el punto de vista ético o moral, cada persona es responsable por sus propias decisiones y actos, soportando en su patrimonio las consecuencias (negativas o positivas) de dicho actuar. (b) Constituye un pilar fundamental del sistema de libre mercado, basado en la oferta y la demanda, lo que se traduce en una optimización de los recursos y en un aumento de la riqueza, lo que en definitiva, beneficiará a todos los integrantes de la sociedad. (c) Con este principio se vela porque el gasto público se mantenga en un bajo nivel, lo que significa que la inversión de los particulares logrará una asignación de recursos más eficiente. (d) Los particulares son libres para determinar los valores que sustentan sus negocios y vidas. *Cfr.*: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Op. Cit., págs. 7984–7985.

²²¹⁴ *Cfr.*: ALMAGRO NOSETE, J.: “Comentarios”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coord.), T. 6, Op. Cit., pág. 498.

opción, es la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, presentado por la Comisión General de Codificación, Secc. Civil.²²¹⁵ Cabe señalar que dicha Comisión inició su labor sin que existiese un decreto de órgano competente que la mandatará para ello. Por ello el fruto de su trabajo ha sido calificado de “propuesta” o “estudio” y no de anteproyecto de ley o proyecto de ley. La Comisión, cuyo nacimiento data del año 1843, está dividida en cinco secciones: Derecho civil, Derecho público, Derecho penal y penitenciario, Derecho procesal y Derecho mercantil y fue la encargada de elaborar el Proyecto de Código civil español.²²¹⁶ En ella se ha tratado de incluir algunas nociones propias del *common law*, intentando armonizarlo con el Derecho continental.²²¹⁷

²²¹⁵ Cfr.: DÍAZ ALABART, “La recodificación en España: un futuro incierto”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Op. Cit., pág. 157.

²²¹⁶ Cfr.: *Ibidem*, págs. 158–159. En este sentido, DÍAZ ALABART agrega lo siguiente: “En 1997 se aprobaron nuevos estatutos para la Comisión General de Codificación (R. D. 160/1997). Sorprendentemente en su Preámbulo se dice que, «Nos encontramos en plena era de la postcodificación, o mejor, de la descodificación, la dinamicidad de nuestra sociedad impulsa la proliferación de disposiciones normativas, que son rápidamente modificadas o sustituidas, y ello hace inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley, de cristalizar un sector jurídico». Llegando incluso a hablar del «necesario tránsito de la codificación tradicional a la actual época de las leyes especiales». Obviamente no se puede compartir una visión tan derrotista de lo que puede ser la evolución del Derecho. El mantenimiento del principio básico de la seguridad jurídica, y, ¿por qué no recordarlo?, el magnífico resultado práctico que han dado los Códigos civiles, que es lo ha impulsado en muchos países a llevar a cabo, o al menos a propiciar una recodificación. Evidentemente es idea compartida por muchos juristas es la ha llevado a los componentes de la sección de lo civil de la Comisión General de Codificación a redactar una propuesta de reelaboración del Cc en lo atinente a la parte general de las obligaciones y contratos”. *Ibidem*, pág. 160.

²²¹⁷ Cfr.: RODRÍGUEZ MARÍN, “La Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes con el cumplimiento”, *Revista Jurídica del Notariado*, n° 76, octubre–diciembre 2010, Op. Cit., pág. 282.

3.5.2.– REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO DE OPCIÓN EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN CIVIL.

La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, (en adelante PMCC), se refiere en el Capítulo VII, titulado “Del incumplimiento” (artículos 1188 a 1212 ambos inclusive),²²¹⁸ al incumplimiento de las obligaciones. El Capítulo se encuentra dividido en cinco secciones, que tratan de: (1) Disposiciones generales; (2) De la acción de cumplimiento; (c) De la resolución por incumplimiento; (d) Reducción del precio; y (e) De la indemnización de daños y perjuicios.²²¹⁹ En general, la doctrina ha señalado que la PMCC apuesta por un nuevo concepto de “incumplimiento contractual”, de carácter general o unitario,²²²⁰ pues, tanto el art. 1188.1, como el Preámbulo indican que estamos frente a un incumplimiento, cuando no ejecuta exactamente lo que reza el contrato, con independencia de si el incumplimiento le es o no imputable.²²²¹ Entre las ventajas de la adopción de esta

²²¹⁸ En este sentido, GÓMEZ CALLE señala que: “La regulación de la PMCC en este punto persigue las dos finalidades que presiden todo el texto: en primer término, establecer reglas acordes a las necesidades actuales y que sirvan al desarrollo económico; y, en segundo lugar, aproximar al Derecho español a los ordenamientos europeos [...]”. GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero–marzo 2012, Op. Cit., pág. 32.

²²¹⁹ Cfr.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Boletín General de Información, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, año LXIII, enero de 2009. En </www.mjusticia.gob.es/>, págs. 32–36.

²²²⁰ En este sentido, GÓMEZ CALLE señala que: “Se trata de ofrecer un concepto del mismo unitario y amplio, que sirva como base o supuesto común a todos los remedios, sin perjuicio de que, después, ese supuesto aparezca cualificado por una u otra condición adicional (como la de ser esencial o ser inexcusable) para justificar el recurso a uno u otro remedio concreto”. GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero–marzo 2012, Op. Cit., pág. 37.

²²²¹ En este sentido, VAQUER ALOY señala que: “La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas

noción objetiva de incumplimiento, se encuentran las siguientes: (a) la noción unitaria de incumplimiento está conforme con la moderna doctrina comparada, consignada en varios textos de Derecho uniforme; (b) también la jurisprudencia, como se vio, ha prescindido del elemento subjetivo a la hora de calificar la resolución contractual. Por otra parte, se dice que la alternativa consagrada en el art. 1188.1 de la PMCC, nos dirige a la noción de “falta de conformidad”, concepto nuevo en el Derecho español, incorporado por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el 25 de mayo de 1999, que se refiere a la venta y garantías de los bienes de consumo.²²²² La PMCC, en su art. 1474 establece que: “La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad”.²²²³ Este concepto de falta de conformidad se determina, en la mayoría de los textos de Derecho uniforme, a través del establecimiento de presunciones. El art. 1475 de la PMCC, en este sentido, dispone que: “1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor; 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador; 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso; 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador puede fundadamente esperar”.²²²⁴ Por último, se distinguen dos clases de falta de conformidad:

del comprador en el contrato de compraventa. Siendo las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones como mejor les plazca (obsérvese que el art. 1475 deja a salvo «lo pactado por las partes»”. VAQUER ALOY, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. I, enero–marzo 2011, Op. Cit., pág. 11.

²²²² Cfr.: *Ibídem*, págs. 8–10.

²²²³ Cfr.: *Ibídem*, pág. 11.

²²²⁴ Cfr.: *Ibídem*, pág. 14. En este sentido, VAQUER ALOY señala que: “Se realza con claridad el rol de la autonomía de la voluntad en la determinación de la conformidad, no sólo por la invocación de los pactos entre las partes en el inicio de este precepto, sino también por la llamada a la «descripción» realizada por el vendedor. Se conjugan criterios objetivos y subjetivos. Entre los primeros, hay que destacar las cualidades de la muestra o modelo presentados por el vendedor y el uso ordinario y las prestaciones

la material y la jurídica, la primera equivale a este moderno concepto al que hace alusión la doctrina moderna. Por su parte, la falta de conformidad jurídica, se refiere a lo que el CC consagra como evicción y vicios redhibitorios.²²²⁵ Por su parte, el artículo 1190 de la PMCC, establece que: “En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”.²²²⁶ Por su parte, el artículo siguiente dispone lo siguiente: “En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento”.²²²⁷ El art. 1190 PMCC amplía las opciones planteadas por el art. 1124.2 del CC, norma que se centra en la resolución del contrato. En este sentido, FENOY PICÓN considera adecuado contar con una disposición como el art. 1190 de la PMCC.²²²⁸ Ambas normas se asemejan en que los remedios que consagran son incompatibles entre sí, pues, se

habituales de un bien de esa clase; entre los criterios subjetivos, el uso especial requerido por el comprador que el vendedor haya admitido para ese bien y, en especial, la invocación final a las expectativas fundadas del comprador. La llamada a las expectativas es clave, por ejemplo, para poder concretar la conformidad de la prestación cuando se trata de la venta de bienes nuevos o de bienes de segunda mano, por ejemplo”. VAQUER ALOY, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. I, enero–marzo 2011, Op. Cit., pág. 14.

²²²⁵ Cfr.: *Ibidem*, págs. 19–20.

²²²⁶ Cfr.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, </www.mjusticia.gob.es/>, Op. Cit., pág. 32.

²²²⁷ Cfr.: *Ídem*. Al respecto, *vid.* también: GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero–marzo 2012, Op. Cit., págs. 43–44.

²²²⁸ Cfr.: FENOY PICÓN, N.: “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. IV, octubre–diciembre 2011, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011, págs. 1489–1490.

utiliza la conjunción “o”, salvo la indemnización de daños y perjuicios.²²²⁹ De lo dicho precedentemente, podemos concluir que, frente al incumplimiento contractual, el contratante diligente puede solicitar cualquiera de las cinco cosas siguientes: (1) el cumplimiento de la obligación; (2) la reducción del precio; (3) la resolución de la obligación; (4) en cualquiera de los tres supuestos anteriores, además puede pedir una indemnización de daños y perjuicios; o (5) la suspensión total o parcial de la prestación. Por su parte, el art. 1191 de la PMCC, se refiere a la *exceptio non adimpleti contractus*, estableciendo: “En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendiendo el alcance del incumplimiento”.²²³⁰

En cuanto al cumplimiento forzado de la obligación, el artículo 1192, apartado 1º a propósito de las obligaciones dinerarias, dispone que: “El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento”.²²³¹ El apartado 2º de esta norma se refiere a las obligaciones no dinerarias, estableciendo que: “En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:²²³² 1.º Tal prestación sea jurídica o

²²²⁹ Cfr.: FENOY PICÓN, “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. IV, octubre–diciembre 2011, Op. Cit., págs. 1490–1491.

²²³⁰ Cfr.: GÓMEZ CALLE, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero–marzo 2012, Op. Cit., pág. 48.

²²³¹ Cfr.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, <www.mjusticia.gob.es/>, Op. Cit., pág. 33.

²²³² Con relación a la inteligencia y significado de la frase “a menos que”, FENOY PICÓN señala que son dos las posibles interpretaciones, a saber: “[...] a) Puede considerarse que los apartados 1.º a 4.º del artículo 1192.II PC son excepciones a la regla de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento (régimen uniforme). Aquéllas son límites al cumplimiento (delimitan su contorno). El sentido propio de las palabras del artículo 1192.II PC permite esta interpretación (art. 3 CC). Cuestión distinta es que el deudor haya de alegar en juicio la excepción (principio de rogación), si no quiere ser condenado al cumplimiento

físicamente imposible.²²³³ 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor. 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe. 4.º La prestación sea personal del deudor”.²²³⁴ Es interesante que la PMCC incluya dentro del cumplimiento (con las cuatro limitaciones del apartado 2º del artículo 1192), la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida. Esto último se refiere a las obligaciones de género, en las que el contratante incumplidor puede reemplazar la cosa por otra del mismo género y calidad.²²³⁵ En caso que el contratante cumplidor, hubiere pretendido el cumplimiento de la obligación no dineraria, y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción del crédito,²²³⁶ podrá desistirse de su pretensión y ejercer cualquiera de las otras acciones que le franquea la ley, (artículo 1194 PMCC).

En cuanto al remedio de la reducción del precio, previsto en la Secc. Tercera de la PMCC, (artículos 1197 y 1198). El primer artículo dispone que: “La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato, podrá aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tenía en el

específico que le demanda el acreedor. b) Otra posible interpretación consiste en entender que las «excepciones» al cumplimiento no operan del mismo modo”. FENOY PICÓN, “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. IV, octubre–diciembre 2011, Op. Cit., págs. 1490–1491.

²²³³ Al respecto, *vid.*: *Ibídem*, págs. 1512–1513.

²²³⁴ Cfr.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, <www.mjusticia.gob.es/>, Op. Cit., pág. 33.

²²³⁵ Cfr.: DÍAZ ALABART, “La recodificación en España: un futuro incierto”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Op. Cit., pág. 175.

²²³⁶ En este sentido, el CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS, en su § 1–204, número (3), dispone que: “Una acción es realizada «oportunamente» cuando es realizada dentro del plazo acordado o, si no se ha acordado un plazo, dentro de un plazo razonable”. Por su parte el numeral 2º de esta misma norma establece que: “La determinación del concepto de plazo razonable para realizar una acción depende de la naturaleza, propósito y circunstancias de dicha acción”. CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS, texto oficial, versión autorizada por *The American Law Institute*, Op. Cit., pág. 88.

momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato. La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor, tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso. El ejercicio de las facultades previstas en este artículo caducará a los seis meses a partir del momento en que hubiera recibido la prestación”.²²³⁷ Si el contratante cumplidor solicita la reducción del precio, le está vedado solicitar una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero bien puede solicitarla por otro concepto, (artículo 1198 PMCC).

En lo que respecta a la resolución por incumplimiento (Secc. Cuarta), como ya se mencionó, el contratante cumplidor podrá resolver el contrato, en tres hipótesis: (a) Cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial.²²³⁸ (b) En el caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad. (c) También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.²²³⁹ La

²²³⁷ Cfr.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, <www.mjusticia.gob.es/>, Op. Cit., págs. 33–34.

²²³⁸ En este sentido, GARCÍA PÉREZ señala que: “A efectos, pues, de incumplimiento previsible resolutorio, la determinación de lo que sea «esencial» no queda acotada en la PMCC que, a diferencia de los textos mencionados, no recoge los criterios que determinan cuándo el incumplimiento será esencial; su delimitación deberá hacerse a la vista de la doctrina jurisprudencial sobre incumplimiento resolutorio. El supuesto más claro sería el de imposibilidad sobrevenida de la prestación, ya sea por destrucción, pérdida de la cosa, enajenación a tercero, etc. Fuera de estos supuestos sería necesario que la «indisponibilidad» para cumplir coincidiera con lo que la jurisprudencia ha considerado como «voluntad obstativa al cumplimiento que frustre las legítimas expectativas de la contraparte», una «voluntad indubitada de incumplimiento con frustración del fin del negocio»... [...]”. GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., pág. 24.

²²³⁹ Con relación a la redacción de esta norma, DÍAZ ALABART señala lo siguiente: “Esta última regla (art. 1197, 2º párraf. del estudio) [actual artículo 1200, apartado 2º de la PMCC], no tiene una reducción suficientemente clara, pues si ya era exigible el cumplimiento de la obligación y se intimó al deudor a

fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones. Por otra parte, en caso que el deudor ofreciere tardíamente el cumplimiento o lo hubiere efectuado de un modo no conforme con el contrato, perderá el acreedor la facultad de resolver a menos que la ejercite en un plazo razonable desde que tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad del cumplimiento, (art. 1201 PMCC). La facultad resolutoria se debe ejercitar mediante notificación o aviso a la otra parte.

En cuanto al incumplimiento anticipado, el PMCC establece, en su artículo 1200, apartados 2 y 3, lo siguiente: “También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto. La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones”.²²⁴⁰

cumplir, no se puede decir que «haya riesgo de incumplimiento», sino que ya no se ha cumplido, lo que aún se desconoce es si ese deudor llegará a cumplir tardíamente, o si ya no cumplirá definitivamente. Si aún la obligación no es exigible, ciertamente puede seguirse de la situación del deudor que probablemente no cumplirá, pero no se puede pedir que cumpla antes de tiempo, sino solamente que, en su caso, afiance”. DÍAZ ALABART, “La recodificación en España: un futuro incierto”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Op. Cit., págs. 175–176.

²²⁴⁰ Cfr.: GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit., pág. 18. En este mismo sentido, GARCÍA PÉREZ expresa que: “[...] También la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa se ocupa del incumplimiento previsible. Indica la Exposición de Motivos: «Aun siendo deseable que los problemas de falta de conformidad sean subsanados por medio de una modalidad de cumplimiento, es claro que esa subsanación no siempre se ha de alcanzar. Por ello cobra sentido el nuevo artículo 1485, en el que se regula cuándo tiene derecho el comprador a los que podríamos denominar remedios subsidiarios consistentes en la resolución o la reducción del precio. Lo tiene, en primer lugar, cuando el vendedor, justificadamente, ha ejercitado la facultad de oponerse a ejecutar cualquier modalidad de cumplimiento; en este caso el comprador ha perdido la pretensión de cumplimiento. En segundo lugar, si el vendedor no ejecuta la modalidad de cumplimiento oportuno, en las condiciones requeridas. En tercer lugar, si el vendedor rehúsa ejecutar la modalidad de cumplimiento oportuna, o fuere previsible que no la realizará. Se acoge aquí la doctrina del incumplimiento previsible». En concreto, el artículo 1485 señala: «El comprador tendrá derecho a la resolución del contrato o a la reducción del precio en los casos siguientes:

Con relación a los efectos de la resolución por incumplimiento, el artículo 1202 dispone que: “La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución. Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes”.²²⁴¹ El apartado 2º de esta norma, establece una presunción: se reputa que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto. Una vez resuelto el contrato,²²⁴² deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. En el caso de que ambas partes estuvieren obligadas a la restitución, deberán realizarla simultáneamente. Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible, salvo que el contratante cumplidor no está obligado a restituir el valor, si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida, (art. 1203 PMCC).

En el caso de la terminación (que el PMCC la llama “resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva” en el art. 1204), el deber de restitución “[...] no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones

3.º Si el vendedor hubiere rehusado ejecutar la modalidad de cumplimiento procedente en dichas condiciones o se previere fundadamente que no la ejecutará así». GARCÍA PÉREZ, “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Op. Cit.. Al respecto, *vid. supra*, nota nº 2238, pág. 555.

²²⁴¹ Cfr.: COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, <www.mjusticia.gob.es/>, Op. Cit., pág. 34.

²²⁴² Llama la atención que se habla reiteradamente de la “resolución del contrato” y no de la “resolución de la obligación”.

exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto”.²²⁴³

En la PMCC no se incluyen dos facultades discrecionales que el actual CC le concede al tribunal: (a) el juez puede moderar la responsabilidad por culpa o negligencia, (art. 1103 del CC); (b) el art. 1124, apartado 2º le confiere al tribunal la facultad para fijarle un plazo de gracia al contratante incumplidor.

En cuanto a la indemnización de perjuicios, como se dijo, es compatible con el cumplimiento forzado, la resolución del contrato o la reducción del precio, (art. 1205 PMCC). La indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante. En este último caso, se debe atender a la “[...] probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias (art. 1207, apartado 2ª PMCC)”.²²⁴⁴ Respecto de lo anterior me permito hacer dos comentarios: (a) la PMCC no se hace cargo del daño moral a propósito de la indemnización por responsabilidad contractual; (b) el art. 1208, al igual que el CC, señala que cuando se incurra en dolo o malicia, el contratante incumplidor responderá por los daños previstos o los que se pudieren prever razonablemente.

En las obligaciones dinerarias, el retraso en el cumplimiento de la obligación supone el pago del interés estipulado, o en su defecto, el interés legal, salvo que se pruebe que el daño o perjuicio es de mayor entidad, (art. 1206 PMCC).²²⁴⁵

²²⁴³ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, <www.mjusticia.gob.es/>, Op. Cit., pág. 35.

²²⁴⁴ *Ídem*, pág. 5.

²²⁴⁵ La PMCC agrega en su artículo 1209, lo siguiente: “No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en

Por último, los contratantes, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen conveniente, siempre que las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo.

Con relación a la facultad resolutoria, se establece que ella procede cuando ha habido un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de reputarse “esencial”. La resolución procede por aviso o notificación al contratante incumplidor.²²⁴⁶ Con ello, se recogen los modernos postulados de la doctrina (sistema alemán) ya analizado en el Capítulo II de este trabajo.

3.5.3.– PERSPECTIVAS DE FUTURO.

La PMCC resulta interesante, toda vez que contempla una buena sistematización de los remedios al incumplimiento contractual: (1) el cumplimiento de la obligación; (2) la reducción del precio; (3) la resolución de la obligación; (4) en cualquiera de los tres supuestos anteriores, además puede pedir una indemnización de daños y perjuicios; o (5) la suspensión total o parcial de la prestación. Asimismo, se enmarca dentro de los modernos postulados que determinan una noción objetiva de incumplimiento, sin atender a la culpa o dolo del contratante incumplidor, el que sólo se tendrá en cuenta en

conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo. Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código”. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, </www.mjusticia.gob.es/>, Op. Cit., pág. 36.

²²⁴⁶ Cfr.: DÍAZ ALABART, “La recodificación en España: un futuro incierto”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Op. Cit., págs. 158–159. Vid. también: MARSAL GUILLAMET, J. y LAUROBA LACASA, E.: “Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en el futuro derecho europeo de contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Derecho Civil y Derecho de Obligaciones, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 2455–2470.

la indemnización de los daños y perjuicios.

De todo lo dicho, surge la siguiente pregunta: ¿Cuál es el mejor escenario en el contexto europeo del Derecho de las obligaciones? Frente a la preponderancia de la autonomía de la voluntad,²²⁴⁷ que, en mi opinión no se condice con su verdadero radio de competencia, pues, en los textos de Derecho uniforme se encuentra sobrevalorada su relevancia,²²⁴⁸ aparecen otros principios, tales como la buena fe.²²⁴⁹ La buena fe, en mi

²²⁴⁷ Respecto del rol de la autonomía de la voluntad en el moderno Derecho de las obligaciones, *vid.*: ALMAGRO NOSETE, J.: “Comentarios”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coord.), T. 6, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2000, pág. 497; AUBERT, J.-L.: *Le contrat. Droit des obligations*, 2^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2000, págs. 26–27; CAVALLAGLIO, L.: *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2006, págs. 4 y ss.; DEL ARCO TORRES, M. Á. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Diccionario de Derecho civil*, Ed. Comares, S. L., Granada, 1999, pág. 152; DICCIONARIO AKAL DE FILOSOFÍA: Robert Audi (Edit.), traducc. de Huberto Marraud y Enrique Alonso, Cambridge University Press, Ediciones Akal, Madrid, 2004, págs. 568 y ss.; DICCIONARIO JURÍDICO EL DERECHO: Grupo Ed. El Derecho y Quantor, S. L., Madrid, 2009, pág. 142; ENCICLOPEDIA JURÍDICA LA LEY: Enrique Arnaldo Alcubilla (Coord. General), T. 5, Wolters Kluwer España, S. A., Ed. La Ley, Madrid, 2008, pág. 2906; ENCICLOPEDIA OXFORD DE FILOSOFÍA: Ted Honderich (Edit.), traducc. de Carmen García Trevijano, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2001, pág. 97; GALGANO, *Il contratto*, Op. Cit., págs. 34 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C.: *Estudios sobre el contrato*, Atelier, Barcelona, 2008, pág. 92; GRISI, G.: “Capítulo sexto. L’autonomia privata”, *I contratti in generale. Fonti – Diritto internazionale – Autonomia privata – Classificazione*, a cura di Paolo Cendon, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2000, págs. 291–364; KANT, I.: *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Edición de Roberto R. Aramayo, Ed. Alianza, Madrid, 2002, pág. 140; LARGO TABORDA, A.: *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2012, págs. 20 y ss.; LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: “El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta”, Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales n° 20/2008, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2008. En <<http://www.aranzadidigital.es/>>, pág. 1; MASSINI-CORREAS, C. I.: “¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, n° 8, 2004. En <<http://www.ruc.udc.es/>>, pág. 488; MELICH ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Op. Cit., pág. 37; MONTÓYA MELGAR, A.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1995, pág. 686; NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA: Carlos-E. Mascarenas (Direct.), con la colaboración de eminentes profesores y juristas, T. III, Francisco Seix, Editor, Tipografía La Académica de Herederos de Serra y Rusell-E. Grandos, Barcelona, 1951, pág. 131; O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5^a Edición, 2006, Op. Cit., pág. 1230; ROPO, E.: *Il contratto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1977, págs. 115 y ss.; SORO RUSSELL, O.: “El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”, Alicia Real Pérez (Direct.), Departamento de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. En <<http://eprints.ucm.es/>>, págs. 9 y ss.

²²⁴⁸ *Cfr.*: ZOPPINI, A.: “Capítulo II. Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza”, *Diritto civile*, vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale, Op. Cit., págs. 56 y ss.

²²⁴⁹ Ya desde los tiempos de BALDO, “[...] para que un acuerdo de voluntad produzca efectos jurídicos,

opinión, es un principio tan relevante, o incluso superior a la autonomía de la voluntad, constituyéndose así, como la *primarii lapidis* del Derecho contractual.

Por otra parte, y dentro del actual escenario europeo, en materia de unificación y armonización del Derecho de obligaciones, es evidente el enfrentamiento entre dos sistemas opuestos,²²⁵⁰ y también resulta obvio, la existencia de una “negociación” en la comunidad científica, cuyo fin es acercar las posiciones y lograr una legislación uniforme. Aún cuando, Europa se encuentra inmersa en este proceso, desde mi punto de vista, pienso que debería preferirse una opción que esté más acorde con el principio de buena fe,²²⁵¹ toda vez que, las soluciones adoptadas como textos de Derecho uniforme, sean de carácter académico o legal, necesariamente repercutirán en otros sistemas legislativos, los que podrían verse influenciado por estas soluciones, sea por convencimiento o por razones meramente pragmáticas.

En el proceso de globalización de la economía y uniformidad–armonización del Derecho, aparecen enigmas que se deben dilucidar: ¿Cuál es la orientación que deben adoptar las normas jurídicas? ¿Es necesario renunciar a nociones básicas, propias del Derecho continental, para lograr una uniformización del Derecho europeo de

es preciso que tenga una causa jurídica, y ésta ha perdido en los comentadores su función de *titulus*, de adecuación entre la voluntad privada y el ordenamiento, que es la que recupera en el planteamiento hoy dominante (función social del negocio), radicando entonces en la voluntad misma”. DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, Casa Edit., Barcelona, 1965, pág. 109.

²²⁵⁰ En este sentido, DÍAZ SIERRA señala que: “La diferencia entre ambos sistemas no es sólo académico, sino que por el contrario tienen consecuencias en las economías de los países, ya que dependiendo del sistema jurídico elegido el negocio puede ser más o menos costoso y a veces puede suceder que el negocio no se realice, por lo menos bajo ciertas disposiciones legales”. DÍAZ SIERRA, M^a. del C.: “Desde la autonomía de la voluntad hasta la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, año I, 2002, n° 2. En <<http://www.revistaderecho.um.edu.uy/>>, pág. 116.

²²⁵¹ En este sentido, PERRIN señala que: “El modelo voluntarista o liberal parece a primera vista comportarse maravillosamente bien en esta época de globalización [...]”. PERRIN, J.-F.: “La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días”, *Sociologías*, Porto Alegre, año 7, n° 13, jan/jun 2005, Porto Alegre. En <<http://www.pj.gob.pe/>>, pág. 169.

obligaciones?

Se advierte que, en la búsqueda de la posible solución, surgen más interrogantes que respuestas. En efecto, los rápidos hechos de las últimas décadas, exigen una toma de posiciones frente al tema. Argumentos que, en mi opinión, no deberían desconocer nociones básicas que resultan ajenas para otros sistemas jurídicos, y aun cuando sea importante, no basarse exclusivamente en criterios economicistas.

Como dice DE LOS MOZOS: “La aplicación del principio de la buena fe hace penetrar en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene, de este modo, a formar parte de la propia regla jurídica [...]”.²²⁵² Es decir, se trata de un concepto metajurídico, extraño al Derecho positivo, que lo impregna y lo modela, conforme a nociones de justicia natural.

Esas son las funciones que, precisamente, cumple “lo justo natural”, es decir, limitar a lo justo positivo, a través de la integración de los vacíos normativos, prefiriendo la interpretación a sea más conforme a la justicia y restringiendo el contenido odioso de las disposiciones del Derecho positivo.²²⁵³

Todas estas nociones (teoría de la causa, obligaciones naturales, la equidad natural, teoría de las apariencias, cláusula *rebus sic stantibus*, etc.), dentro de las que se enmarca el principio de la buena fe, tienen por resultado “moralizar” al Derecho, y, en mi opinión, resultan esenciales para lograr de buena forma dictar leyes y aplicarlas de manera equitativa.

²²⁵² DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Op. Cit., pág. 15.

²²⁵³ Al respecto, *vid.*: RIVERA RESTREPO, “Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda”, *Revista Ars Noni et Aequi*, Op. Cit., págs. 336 y ss.

En doctrina, como he comentado, se habla de la existencia de una “tensión” entre la autonomía de la voluntad²²⁵⁴ y la buena fe.²²⁵⁵ En este sentido, se señala que el fin principal de la buena fe modelar a la autonomía privada,²²⁵⁶ actuando como una garantía para que el negocio se ajuste, precisamente, a un contrato que resulte equitativo para las partes.²²⁵⁷ En este sentido, la doctrina ha dicho que la integración del contrato no se realiza porque los contratantes hayan dejado vacíos o lagunas, ni se integra con el presunto consentimiento, sino que con elementos extraños a su voluntad, dentro de los cuales cabe la buena fe.²²⁵⁸

La doctrina moderna (ALPA, GHESTIN, entre otros)²²⁵⁹ le otorga cada vez más relevancia a la buena fe,²²⁶⁰ y no sólo le otorga la finalidad integradora²²⁶¹ e

²²⁵⁴ La jurisprudencia también se ha referido a la interacción entre los arts. 1091 y 1258 del CC. En este sentido, la STS de 20 de septiembre de 1996. *Cfr.*: CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., págs. 909–910.

²²⁵⁵ En este sentido, ALMAGRO NOSETE señala que: “La buena fe es un concepto difícil de explicar y, sin embargo, fácil de entender, quizá porque siempre hay que considerarlo en relación con conductas concretas y respecto a casos determinados”. ALMAGRO NOSETE, “Comentarios”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coord.), T. 6, Op. Cit., pág. 518.

²²⁵⁶ Respecto de la importancia de la buena fe en materia contractual, BETTI expresa lo que sigue: “[La buena fe es] un criterio valorativo que no está forjado por el Derecho, sino que el Derecho lo asume y recibe de la conciencia social [...]”. BETTI, E.: *Teoría general de las obligaciones*, T. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 70.

²²⁵⁷ En este sentido, GETE–ALONSO Y CALERA señala que: “*Ma è evidente che, così interpretato, il principio di buona fede è destinato a restare lettera morta. È invece da riconoscere, come del resto ha fatto la giurisprudenza successiva, che il principio di buona fede e correttezza è destinato ad esercitare una funzione **integrativa** (del contenuto) del contratto al di là di quanto le parti convenuto e/o anche come **limite** a comportamenti deginuti appunto «scorretti» o «inesigibili» [...]*”. DI MAJO, A.: “Capitolo XLIX. Il contenuto del contratto”, *La disciplina generale dei contratti, dalle Istituzioni di Diritto privato*, a cura di Mario Bessone, Quarta edizione, G. Giappichelli Editrice, Torino, 1997, pág. 590.

²²⁵⁸ *Cfr.*: LUIS DíEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Artículos 1.254 y 1261 CC”, *Comentario del Código civil*, T. II, Cándido Paz–Ares Rodríguez; Rodrigo Bercovitz Rodríguez–Cano; Luis Díez–Pícazo y Ponce de León y Pablo Salvador Coderch (Directs.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 437.

²²⁵⁹ Y también la doctrina no tan reciente, v. gr., en Alemania. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Doctrina general, 1954, Op. Cit., págs. 18 y ss.

²²⁶⁰ En este sentido, ALMAGRO NOSETE señala que: “La buena fe debe exigirse como principio informador de todo el ordenamiento en relación con la conducta de los sujetos, sometidos al mismo”. ALMAGRO NOSETE, “Comentarios”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coord.), T. 6, Op. Cit., pág. 518.

interpretativa de la ley,²²⁶² sino que, además, una función limitativa y moderadora²²⁶³ de los “excesos” que genere la autonomía privada,²²⁶⁴ toda vez que el contrato no es la mera consecución de objetivos económicos,²²⁶⁵ sino que, además, se sustenta en una serie de valores y fines,²²⁶⁶ a lo que tiene que apuntar.²²⁶⁷ Visto así el problema, entonces, la libertad se encuentra al servicio de valores y fines²²⁶⁸ como la equidad natural, solidaridad, fraternidad, igualdad, etc.²²⁶⁹ La doctrina ha llegado a decir que es el orden público el que limita a la autonomía de la voluntad, cuando las cláusulas contractuales vayan en contra del principio de la buena fe.²²⁷⁰ Aun cuando, la

²²⁶¹ En este sentido, NAVARRO MENDIZÁBAL señala que: “Como se puede apreciar, la rigurosa órbita de lo pactado se amplía notablemente con la integración del contrato”. NAVARRO MENDIZÁBAL, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2011, Op. Cit., pág. 374.

²²⁶² Al respecto, *vid.*: DE LOS MOZOS, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Op. Cit., págs. 268 y ss.

²²⁶³ En Francia, y a este respecto, VAN OMMESLAGHE expresa que: “*La bonne foi peut aussi avoir pour fonction d'imposer la modération dans l'exercice d'un droit. Tel est notamment le cas dans l'appréciation des sanctions à appliquer en cas d'inexécution d'une convention*”. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome Premier, Op. Cit., pág. 178.

²²⁶⁴ Al respecto, *vid.*: BIANCA, *Derecho civil. 3. El contrato*, Op. Cit., págs. 55–57.

²²⁶⁵ En este sentido, el COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA señala que: “Para ello, [lograr la unificación europea del Derecho privado] hace falta un espíritu abierto que no se cierre únicamente en la lógica del mercado [...]”. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Estudios de Derecho europeo privado*, Prólogo del Excmo. Sr. Don José Poveda Díaz, Juan M^a. Díaz Fraile (Coord.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pág. 189.

²²⁶⁶ *Cfr.*: JIMÉNEZ GÓMEZ, J. R.: “El principio de la buena fe en la teoría general del contrato”. En <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx/>>, págs. 194–195.

²²⁶⁷ *Cfr.*: ORDOGUI CASTILLA, G.: *Buena fe en los contratos*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2011, págs. 57–58.

²²⁶⁸ En este sentido, SALVIOLI señala que: “Esta solidaridad de intereses elabora en el seno de la colectividad una nueva concepción moral, y ambas repercuten en el derecho, que no puede permanecer en la estrecha órbita individualista, sino que debe dar más amplio espacio a los intereses de la colectividad, o mejor decir, debe conciliar el individualismo con las nuevas exigencias solidarias [...]”. SALVIOLI, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, Edición de Bartolomé Clavero, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pág. 136.

²²⁶⁹ *Cfr.*: PEÑA, L. y AUSÍN, T.: “El principio de autonomía y los límites del consentimiento”, *Actas del III Congreso de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, ed. por J. J. Acero *et alii*, Granada, 2001, ISBN 84–699–6803–3. En <<http://www.digital.csic.es/>>, pág. 8.

²²⁷⁰ *Cfr.*: GALINDO GARFIAS, I.: *Estudios de Derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, n^o 51, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, pág. 169.

jurisprudencia ha planteado la necesidad de actuar con cautela en esta materia. En este sentido, la STS de 3 de diciembre de 1991, señala que: “[...] la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación [...]”.²²⁷¹ La importancia de la buena fe,²²⁷² particularmente en materia contractual, se manifiesta en la jurisprudencia, v. gr., en la STS de 13 de abril de 2004, se decreta lo siguiente: “La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico [...]”.²²⁷³ En esta línea argumentativa, podemos decir que constituyen manifestaciones de la buena fe: la prohibición del abuso de la posición dominante, el reconocimiento del principio *venire contra factum proprium non valet* y la confianza legítima.²²⁷⁴

En la actualidad, la tendencia se orienta a “coordinar” la autonomía de la voluntad y la buena fe. Ésta es la opinión de ORDOQUI CASTILLA, de tal forma que se “presume” que el contrato celebrado al amparo de la autonomía privada está conforme a la buena fe²²⁷⁵ y la justicia.²²⁷⁶

²²⁷¹ Cfr.: MORENO GIL, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Op. Cit., pág. 1321.

²²⁷² En este sentido, ALBÁCAR LÓPEZ señala que: “La normativa contenida explícitamente en el artículo 1.258 del CC y genéricamente en el artículo 7.º del propio Cuerpo legal sustantivo, en cuanto reconocen que los derechos deberán ejercitarse conforme a las evidencias de la buena fe [...]”. ALBÁCAR LÓPEZ y SANTOS BRIZ, “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Op. Cit., pág. 592.

²²⁷³ Cfr.: CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernándio Xiol Ríos (Direct.), Op. Cit., pág. 1312.

²²⁷⁴ Cfr.: LARGO TABORDA, *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Op. Cit., pág. 143.

²²⁷⁵ Cfr.: ORDOQUI CASTILLA, G.: *Buena fe en los contratos*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2011, págs. 58–59. En este sentido, agrega que ésta tendencia se materializa, v. gr., en la dictación del CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO de 2002. Cfr.: *Ídem*.

²²⁷⁶ Aun cuando algunos autores discuten el carácter de fuente de Derecho de la equidad natural, esto es, de la justicia aplicada al caso concreto. Cfr.: BRANCA, G.: *Instituciones de Derecho privado*, traducc. de la sexta edición italiana por Pablo Macedo, Ed. Porrúa, S. A., México, 1978, págs. 8–9. Al respecto, vid.: CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La equidad en el Derecho privado*, Derecho y justicia, Bosch editor, Barcelona, 2009, págs. 63 y ss.

La pregunta que surge es ¿cómo la buena fe limita a la autonomía de la voluntad? Podría pensarse que, a fin de salvar problemas y defectos de las cláusulas contractuales, se recurra más que al tenor literal de las mismas, al contenido intrínseco, conforme al principio de la buena fe, comportamiento que le es exigido por la ley a cada parte. La buena fe, entonces, se presenta como una eficaz herramienta para el juez, con el fin de revisar el negocio jurídico: establecer el contenido del contrato de acuerdo con los principios de equidad natural y solidaridad.²²⁷⁷ Es decir, la buena fe viene a ser un principio que “modera” y “modela” a la voluntad particular. El juez, en este marco, tenderá a restablecer o establecer el equilibrio entre los contratantes, cuyas obligaciones, quizás, nacieron en un contexto disímil.²²⁷⁸ El mejor ejemplo de lo anterior es, pues, la revisión judicial del contrato por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.²²⁷⁹ Es precisamente a propósito de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*,²²⁸⁰ en donde se manifiesta la tensión existente entre la buena fe y la autonomía de la voluntad.²²⁸¹ Al respecto, la doctrina ha planteado que primero el interprete debe realizar su labor de hermenéutica, estableciendo la verdadera o real voluntad de los particulares (intención), para luego “integrar” dicha voluntad con lo prevenido en el art. 1258 CC, esto es, la buena fe, los usos y la ley, “moldeando” dicha intención, todo ello de acuerdo a la equidad natural. Por lo tanto, lo justo natural “reformula” el tenor literal de los contratantes.²²⁸² Dicho de otra manera, existen dos ámbitos en que opera el principio de autonomía de la voluntad: una faz positiva, que significa que las partes se obligan a todo aquello que han pactado y, una faz negativa, en la cual la voluntad de los contratantes es

²²⁷⁷ Cfr.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª edición, 2001, págs. 1237–1238.

²²⁷⁸ Cfr.: SORO RUSELL, “El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”, Alicia Real Pérez (Direct.), Op. Cit., págs. 243–244.

²²⁷⁹ Cfr.: CÓDIGO CIVIL, jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Op.Cit., pág. 1451.

²²⁸⁰ Al respecto, *vid.*: STS de 11 de junio de 1959, (RJ/1959/1649).

²²⁸¹ Cfr.: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Op. Cit., págs. 2078–2079.

²²⁸² Cfr.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R.: “*Comentarios al Código Civil*”, 3ª Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2009, pág. 1279.

del todo irrelevante, toda vez que el tenor literal se integra por los elementos propios contenidos en el art. 1258 CC.²²⁸³ Desde este punto de vista, v. gr., en Alemania,²²⁸⁴ WIEACKER, plantea que una de las principales funciones del § 242 *BGB*, es servir como “medio de ruptura ético–jurídica del Derecho legal”.²²⁸⁵

²²⁸³ Cfr.: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Ángel López y López; Francisco Vicent Chuliá; José M^a. Miquel González y Francisco Capilla Roncero (Directs.), n° 29, julio–diciembre de 2012, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2012, pág. 73.

²²⁸⁴ En este sentido, ESPINOZA ESPINOZA señala que: “En la mitad del 800, sobre todo en Alemania, la *fides* ha sido entendida por DANZ, *Der sacrale Schutz in römische Rechtsverker*, Jena, 1857, como una entidad que nace de una promesa jurada, la cual se adquiriría fuerza vinculante y relevancia en la vida social porque era un fruto de la conjunción de componentes tanto sacros como jurídicos. Veinte años después, PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, I, Halle 1873; II, Halle 1878, presentaba a la *fides* como un elemento de la vida *lato sensu* negocial, tomado en consideración por el ordenamiento en el ámbito del derecho sustancial, viniéndose así a alinear la *bona fides* entendida como un aspecto dinámico de la *fides*, relevante en el ámbito procesal”. ESPINOZA ESPINOZA, J.: “El principio de la buena fe”. En <<http://www.justiciayderecho.org/>>, pág. 2. Al respecto, vid. también: SOLARTE RODRÍGUEZ, A.: “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. En <<http://www.javierina.edu.co/>>, pág. 284.

²²⁸⁵ Cfr.: WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Op. Cit., pág. 74. Con relación a esta norma, vid.: SCHERMAIER, M. J.: “Bona fides in Roman contract law”, *Good faith in European Contract Law*, Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (Edits.), Cambridge Studies in International and Comparative Law The Common core of European Private Law, Cambridge Press, Cambridge, págs. 64–66.

CONCLUSIONES FINALES.

1.— El remedio del derecho de opción opera tanto en los contratos bilaterales como en los unilaterales. Si bien, desde el punto de vista histórico nació como una facultad propia de los contratos sinalagmáticos, no existe razón de texto ni de justicia para excluirla como elemento de la naturaleza de los negocios unilaterales. Además, en los contratos unilaterales presenta un limitado radio de acción, ya que se aplica solamente cuando existe mandato expreso del legislador, en aquellos casos en que el negocio unilateral se transforma en bilateral y cuando tiene el carácter de oneroso.

2.— El derecho de opción es, en esencia, una institución eminentemente garantista de los derechos del acreedor, consagrada a través de los siglos a la generosa tarea de plasmar un medio de defensa ante el incumplimiento imputable del deudor. Estimo que la verdadera naturaleza jurídica del derecho de opción consiste en una garantía legal a favor del contratante cumplidor.

3.— El fundamento del derecho de opción del acreedor se explica de mejor forma por medio de la teoría del sinalagma funcional, que se condice con su naturaleza jurídica de garantía. Ello a pesar que la teoría de la sanción resulta interesante, creo que la doctrina del sinalagma explica la necesidad de mantener la reciprocidad en los dos estadios en que se puede encontrar el contrato (celebración y cumplimiento). Además, el sinalagma funcional no se ve afectado por la circunstancia de que el derecho de opción se aplique a los contratos unilaterales, toda vez que el fundamento de su aplicación es, precisamente, la existencia de una cierta reciprocidad o sinalagma.

4.— De los ordenamientos jurídicos comparados que analicé (sistemas alemán, francés, italiano y anglosajón) con relación al derecho de opción, resulta claro que todos se estructuran sobre la base del sistema objetivo de incumplimiento, que no atiende a los parámetros de la culpa y del dolo. Ésta parece ser la tendencia mayoritaria en la doctrina

comparada y española. Además, en estos sistemas foráneos se considera que solamente el incumplimiento esencial o fundamental puede dar lugar a la resolución del contrato.

5.– El sistema alemán se sustenta sobre la base del principio de conservación del negocio jurídico, incumplimiento objetivo y resolución unilateral. Sin duda estos caracteres responden a los modernos postulados de la doctrina.

6.– El modelo francés, otrora prototipo del Derecho de las obligaciones y contratos, se ha visto desplazado por sistemas más modernos. Con todo, es interesante la resistencia gala a la inclusión de nuevos postulados, procedentes principalmente del Derecho anglosajón, y como la doctrina francesa ha defendido férreamente su sistema, intentando mantener su identidad nacional.

7.– El sistema italiano presenta ventajas respecto del ordenamiento francés, el cual se resiste a las reformas en materia de obligaciones y contratos. Es interesante destacar que en Italia la jurisprudencia manifiesta una tendencia a preferir los principios jurídicos sobre el Derecho escrito, de tal manera que los jueces puedan arribar a soluciones más justas. Al igual que el modelo germano, el italiano acoge el principio de la conservación del contrato.

8.– El Derecho anglosajón, sin duda, ha mantenido un creciente protagonismo en el último tiempo, pues, sus categorías han infiltrado todos los proyectos de reforma del Derecho de obligaciones analizados, alentados por el proceso de globalización y apertura de la economía. Con todo, pienso que este sistema responde a otra filosofía, fundada en el principio de eficiencia y más cercana a parámetros económicos.

9.– Los requisitos para que opere el derecho de opción son la existencia de un contratante negligente y la presencia de un contratante diligente.

10.– El incumplimiento debe ser esencial para que de lugar a la resolución del contrato. Este calificativo está más conforme con los textos de Derecho uniforme, con la jurisprudencia y con la doctrina moderna. El incumplimiento esencial excluye los incumplimientos de mínima cuantía, el cumplimiento defectuoso y el retraso en el cumplimiento (cuando no son significativos). La esencialidad del incumplimiento debe valorarse conforme al criterio de la reciprocidad, a la teoría de la frustración del negocio jurídico y a los principios de buena fe y equidad natural.

11.– La culpa contractual admite graduación y se determina *in abstracto*.

12.– En mi opinión, el incumplimiento debe responder a un criterio subjetivo para dar lugar al derecho de opción.

13.– En España procede la resolución extrajudicial. El aviso o notificación es un elemento constitutivo de la misma. Con todo, el tribunal siempre intervendrá cuando exista reclamación por parte del contratante incumplidor, velando porque ella no sea utilizada con abuso de parte del acreedor.

14.– En materia de derecho de opción, procede el *ius variandi*, que encuentra sustento en el artículo 1124, apartado 2º, segunda parte del CC y en el principio “*electa una via no datur recursus ad alteram*”.

15.– La retroactividad de la resolución se aplica únicamente a los contratos con efectos inmediatos y no a los contratos de ejecución sucesiva.

16.– De los textos de Derecho uniforme analizados y, aunque varios no tienen el carácter de ley, prefiero la reglamentación otorgada por los *PECL*. En mi opinión, los *PECL* constituyen el mejor texto de Derecho uniforme que trata del derecho de opción. Los *PECL*, al igual que los Códigos alemán y suizo, se refieren a la buena fe entre sus

primeros artículos, denotando la importancia que le otorgan. Además, presentan una visión social del Derecho de las obligaciones que se opone a la mirada economicista que, *v. gr.*, sustenta el MCR.

17.— Ante la homogeneidad que presentan los diversos textos de Derecho uniforme, en cuanto a consagrar a la autonomía de la voluntad como principio rector del Derecho obligacional, subestimando el rol de la buena fe, estimo que debe existir una preponderancia de la buena fe sobre aquélla.

La buena fe se erige como el gran fundamento de la relación contractual, que se manifiesta como un criterio integrador del contenido de las cláusulas contractuales y una verdadero límite al principio de la autonomía de la voluntad, todo ello conforme a equidad natural.

ÍNDICE DE SENTENCIAS.

JURISPRUDENCIA.

STS de 30 de octubre de 2014, (RJ/2014/601).
STS de 24 de octubre de 2014, nº recurso 5239/2011.
STS de 23 de octubre de 2014, (RJ/2014/597).
STS de 21 de octubre de 2014, nº recurso 36/2014.
Auto TS de 21 de octubre de 2014, nº recurso 2576/2013.
STS de 14 de octubre de 2014, nº recurso 2159/2013.
SAN (Madrid) de 13 de octubre de 2014, nº recurso 29/2014.
STS de 2 de octubre de 2014, nº recurso 2229/2012.
STS de 2 de octubre de 2014, (RJ/2014/506).
STS de 1 de octubre de 2014, nº recurso 1784/2013.
STS de 1 de octubre de 2014, nº recurso 2060/2013.
STS de 26 de septiembre de 2014, (RJ/2014/321).
STS de 16 de septiembre de 2014, nº recurso 2252/2013.
STS de 12 de septiembre de 2014, (RJ/2014/466).
STS de 2 de julio de 2014, (RJ/2014/375).
STS de 30 de junio de 2014, (RJ/2014/333).
STS de 13 de junio de 2014, (RJ/2014/299).
STS de 21 de abril de 2014, (RJ/2014/360).
STS de 8 de abril de 2014, nº recurso 1503/2013.
STS de 1 de abril de 2014, (RJ/2014/198).
STS de 27 de febrero de 2014, (RJ/2014/76).
STS de 19 de febrero de 2014, (RJ/2014/88).
STS de 19 de febrero de 2014, (RJ/2014/92).
STS de 18 de febrero de 2014, (RJ/2014/87).

STS de 6 de febrero de 2014, (RJ/2014/52).

STS de 22 de enero de 2014, n° recurso 3644/2012.

Auto del TS de 21 de enero de 2014, n° recurso 907/2013.

STS de 14 de enero de 2014, (RJ/2013/537).

Auto del TS de 13 de febrero de 2014, (RJ/2014/148).

STS de 19 de diciembre de 2013, (RJ/2013/831).

STS de 18 de noviembre de 2013, (RJ/2013/638).

STS de 13 de noviembre de 2013, (RJ/2013/696).

STS de 29 de octubre de 2013, (RJ/2013/649).

STS de 21 de octubre de 2013, (RJ/2013/609).

STS de 9 de octubre de 2013, (RJ/2013/592).

STS de 17 de septiembre de 2013, (RJ/2013/506).

STS de 22 de julio de 2013, (RJ/2013/488).

STS de 1 de julio de 2013, (RJ2013/438).

STS de 29 de mayo de 2013, (RJ/2013/453).

STS de 20 de mayo de 2013, (RJ/2013/318).

STS de 9 de mayo de 2013, (RJ/2013/241).

STS de 9 de mayo de 2013, n° recurso 3423/2010.

STS de 10 de abril de 2013, (RJ/2013/218).

STS de 4 de abril de 2013, (RJ/2013/192).

STS de 8 de marzo de 2013, (RJ/2013/109).

STS de 7 de marzo de 2013, (RJ/2013/508).

STS de 25 de febrero de 2013, (RJ/2013/114).

STS de 18 de enero de 2013, (RJ/2012/822).

STS de 17 de enero de 2013, (RJ/2013/820).

STS de 9 de enero de 2013, (RJ/2012/797).

STS de 8 de enero de 2013, (RJ/2012/811).

STS de 27 de diciembre de 2012, (RJ/2012/807).

STS de 4 de octubre de 2012, (RJ/2012/554).

STS de 1 de octubre de 2012, (RJ/2012/9024).
STS de 27 de septiembre de 2012, (RJ/2012/561).
STS de 20 de julio de 2012, (RJ/2012/492).
STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/9332).
STS de 18 de julio de 2012, (RJ/2012/485).
STS de 7 de junio de 2012, nº recurso 2050/2012.
STS de 17 de mayo de 2012, nº recurso 6432/2011.
STS de 16 de mayo de 2012, (RJ/2012/6351).
Auto del TS de 29 de marzo de 2012, (RJ/2012/637).
STS de 29 de febrero de 2012, (RJ/2012/99).
STS de 29 de febrero de 2012, (RJ/2012/74).
STS de 2 de diciembre de 2011, (RJ/2011/914).
STS de 30 de noviembre de 2011, (RJ/2011/987).
STS de 21 de octubre de 2011, (RJ/2011/716).
STS de 11 de octubre de 2011, (RJ/2011/687).
Auto del TS de 22 de septiembre de 2011, (RJ/2011/1261).
STS de 12 de julio de 2011, (RJ/2011/7372).
STS de 4 de julio de 2011, (RJ/2011/315).
STS de 21 de marzo de 2011, (RJ/2011/156).
STS de 11 de marzo de 2011, (RJ/2011/132).
STS de 10 de marzo de 2011, (RJ/2011/108).
STS 22 de febrero de 2011, (RJ/2011/80).
STS de 1 de febrero de 2011, (RJ/2011/35).
STS de 30 de diciembre de 2010, (RJ/2010/747).
STS de 6 de diciembre de 2010, (RJ/2010/6953).
Auto del TS de 2 de diciembre de 2010, (RJ/2010/2544).
STS de 15 de noviembre de 2010, (RJ/2010/713).
STS de 1 de octubre de 2010, (RJ/2010/622).
Auto del TS de 30 de septiembre de 2010, (RJ/2010/1745).

STS de 28 de junio de 2010, RIP n° 1146/2006).

Auto del TS de 22 de junio de 2010, n° recurso 265/2009.

Auto del TS de 22 de abril de 2010, (RJ/2010/908).

STS de 24 de febrero de 2010, (RJ/2010/36).

STS de 17 de febrero de 2010, (RJ/2010/35).

STS de 7 de diciembre de 2009, (RJ/2009/772).

STS de 28 de octubre de 2009, (RJ/2009/1074).

STS de 20 de octubre de 2009, (RJ/2009/1037).

STS de 1 de octubre de 2009, (RJ/2009/933).

STS de 8 de octubre de 2009, (RJ/2009/759).

STS de 23 de octubre de 2009, (RJ/2009/418).

STS de 17 de julio de 2009, (RJ/2009/6475).

STS de 15 de julio de 2009, (RJ/2009/508).

STS de 27 de mayo de 2009, (RJ/2009/3189).

STS de 22 de abril de 2009, (RJ/2009/400).

STS de 21 de abril de 2009, (RJ/2009/208).

STS de 27 de febrero de 2009, n° recurso 99/2008.

STS de 23 de enero de 2009, (RJ/2009/10).

STS de 12 de enero de 2009, (RJ/2009/6).

STS de 12 de diciembre de 2008, (RJ/2008/1179).

STS de 9 de diciembre de 2008, (RJ/2008/34).

STS de 17 de julio de 2008, (RJ/2008/5666).

STS de 17 de julio de 2008, (RJ/2008/728).

STS de 16 de julio de 2008, (RJ/2008/685).

STS de 14 de julio de 2008, (RJ/2008/707).

STS de 9 de julio de 2008, (RJ/2008/652).

STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/6443).

STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/3091).

STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/3091).

STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/366).
STS de 19 de mayo de 2008, (RJ/2008/308).
STS de 5 de mayo de 2008, (RJ/2008/320).
STS de 21 de abril de 2008, (RJ/2008/274).
STS de 16 de abril de 2008, n° de recurso 449/2006.
STS de 16 de enero de 2008, (RJ/2008/32).
STS de 26 de diciembre de 2007, (RJ/2007/400).
STS de 22 de diciembre de 2007, (RJ/2007/307).
STS de 31 de octubre de 2007, (RJ/2007/6815).
STS de 13 de septiembre de 2007, (RJ/2007/984).
STS de 23 de julio de 2007, (RJ/2007/4702).
STS de 17 de julio de 2007, (RJ/2007/857).
STS de 31 de mayo de 2007, (RJ/2007/4336).
STS de 16 de mayo de 2007, (RJ/2007/4616).
STS de 11 de mayo de 2007, (RJ/2007/541).
STS de 14 de febrero de 2007, (RJ/2007/567).
STS de 4 de enero de 2007 (RJ/2007/1101).
STS de 26 de diciembre de 2006, (RJ/2007/400).
STS de 11 de octubre de 2006, (RJ/2006/6443).
STS de 24 de julio de 2006, n° recurso 776/2005.
STS de 4 de julio de 2006, (RJ/2006/6080).
STS de 26 de junio de 2006, (RJ/2006/652).
STS de 27 de abril de 2006, n° recurso 50/2005).
STS de 17 de abril de 2006, (RJ/2006/411).
STS de 5 de abril de 2006, (RJ/2006/1921).
STS de 30 de marzo de 2006, (RJ/2006/334).
STS de 10 de octubre de 2005, (RJ/2005/8576).
STS de 5 de octubre de 2005, (RJ/2005/774).
STS de 18 de julio de 2005, (RJ/2005/569).

STS de 23 de junio de 2005, (RJ/2005/503).

STS de 13 de diciembre de 2004, (RJ/2004/1169).

STS de 9 de diciembre de 2004, (RJ/2004/7916).

STS de 27 de octubre de 2004, (RJ/2004/7196).

STS de 12 de julio de 2004, (RJ/2004/4342).

STS de 12 de marzo de 2004, (RJ/2004/203).

STS de 5 de diciembre de 2003, (RJ/2003/8640).

STS de 11 de noviembre de 2003, (RJ/2003/8290).

STS de 10 de julio de 2003, (RJ/2003/4339).

STS de 26 de mayo de 2003, (RJ/2003/509).

STS de 11 de diciembre de 2002, (RJ/2002/10737).

STS de 30 de octubre de 2002, (RJ/2002/9138).

STS de 10 de julio del 2002, (RJ/2002/8243).

STS de 31 de mayo del 2002, (RJ/2002/5706).

STS de 22 de marzo de 2002, n° de recurso 11457/1998.

STS de 28 de febrero de 2002, (RJ/2002/164).

STS de 11 de febrero de 2002, (RJ/2002/3107).

STS de 20 de diciembre de 2001, (RJ/2001/1,196).

STS de 12 de julio de 2001, n° recurso 1804/1996.

STS de 10 de mayo de 2001, n° recurso 384/1996.

STS de 14 de marzo de 2001, n° recurso 141/1996.

STS de 26 de septiembre de 2000, (RJ/2000/7531).

STS de 7 de julio de 2000, (RJ/2000/6679).

STS de 10 de junio de 2000, (RJ/2000/585).

STS de 22 de enero de 1999, (RJ/1999/19).

STS de 29 de abril de 1998, (RJ/1998/2601).

STS de 17 de febrero de 1998, (RJ/1998/874).

STS de 29 de noviembre de 1997, RC n° 2852/1993.

STS de 9 de octubre de 1997, (RJ/1997/7107).

STS de 19 de septiembre de 1997, (RJ/1997/6409).
STS de 3 de julio de 1997, (RJ/1997/5479).
STS de 13 de mayo de 1997, (AC/824/97).
STS de 5 de mayo de 1997, (RJ/1997/3671).
STS de 10 de abril de 1997, (RJ/1997/2877).
STS de 31 de marzo de 1997, (AC/694/97).
STS de 24 de marzo de 1997, (RJ/1997/1992).
STS de 13 de diciembre de 1996, (AC/318/97).
STS de 19 de noviembre de 1996, (AC/230/97).
STS de 11 de noviembre de 1996, (RJ/1996/7918).
STS de 30 de octubre de 1996, (RJ/1996/7487).
STS de 4 de octubre de 1996, (RJ/1996/7036).
STS de 21 de junio de 1996, (RJ/3005/1995).
STS de 10 de junio de 1996, (RJ/1996/4753).
STS de 29 de mayo de 1996, (RJ/1996/441).
STS de 16 de mayo de 1996, (RJ 1996, 4348).
STS de 8 de febrero de 1996, (RJ/1996/1346).
STS de 25 de enero de 1996, (RJ/1996/319).
STS de 23 de enero de 1996, (RJ/1996/639).
STS de 18 de diciembre de 1995, (RJ/1995/9149).
STS de 22 de noviembre de 1995, (RJ/1995/8432).
STS de 17 de noviembre de 1995, (RJ/1995/8733).
STS de 8 de noviembre de 1995, (RJ/1995/8637).
STS de 7 de noviembre de 1995, (AC/78/96).
STS de 17 de octubre de 1995, (RJ/1995/7543).
STS de 16 de octubre de 1995, (RJ/1995/7408).
STS de 2 de octubre de 1995, (RJ/1995/6978).
STS de 31 de julio de 1995, (RJ/1995/5923).
STS de 26 de junio de 1995, (RJ/1995/ 5116).

STS de 7 de junio de 1995, (RJ/1995/4632).
STS de 6 de abril de 1995, (AC/712/95).
STS de 23 de febrero de 1995, (RJ/1995/1106).
STS de 18 de noviembre de 1994 (RJ/1994/8843).
STS de 15 de noviembre de 1994, (RJ/1994/8836).
STS de 21 de octubre de 1994, (RJ/1994/8146).
STS de 14 de octubre de 1994, (AC/8/95).
STS de 29 de septiembre de 1994, (RJ/1994/7024).
STS de 28 de septiembre de 1994, (RJ/1994/854).
STS de 26 de septiembre de 1994, (RJ/1994/7024).
STS de 21 de mayo de 1994, (AC/982/94).
STS de 17 de mayo de 1994, (AC/1006/94).
STS de 21 de marzo de 1994, (RJ/1994/2560).
STS de 21 marzo de 1994, (La Ley–16.156–R).
STS de 25 de febrero de 1994, (RJ/1994/1196).
STS de 15 de febrero de 1994, (AC/630/94).
STS de 31 de diciembre de 1993, (RJ/1993/9925).
STS de 20 de diciembre de 1993, (RJ/1993/10086).
STS de 11 de diciembre de 1993, (RJ/1993/9605).
STS de 11 de diciembre de 1993, (AC/404/94).
STS de 2 de diciembre de 1993, (RJ/1993/9488).
STS de 18 de noviembre de 1993, (RJ/1993/9148).
STS de 19 de octubre de 1993, (RJ/1993/7746).
STS de 18 de octubre de 1993, (RJ/1993/7615).
STS de 26 de julio de 1993, (AC/29/94).
STS de 14 de julio de 1993, (RJ/1993/5804).
STS de 8 de julio de 1993, (RJ/1993/ 6115).
STS de 7 de abril de 1993, (AC/873/93).
STS de 2 de abril de 1993, (RJ/1993/2989).

STS de 18 de febrero de 1993, (AC/589/93).
STS de 8 de febrero de 1993, (RJ/1993/690).
STS de 21 de diciembre de 1992, (AC/442/93).
STS de 27 de noviembre de 1992, (RJ/1992/9447).
STS de 25 de noviembre de 1992, (RJ/1992/9588).
STS de 14 de octubre de 1992, (RJ/1992/7557).
STS de 28 de septiembre de 1992, (RJ/1992/7328).
STS de 16 de junio de 1992, (RJ/1992/5141).
STS de 1 de junio de 1992, (RJ/1992/4891).
STS de 26 de mayo de 1992, (RJ/1992/4385).
STS de 31 de marzo de 1992, (RJ/1992/2312).
STS de 18 de marzo de 1992, (AC/750/92).
STS de 30 de enero de 1992, (AC/527/92).
STS de 19 de diciembre de 1991, (RJ/1991/9404).
STS de 22 de mayo de 1991, (RJ/1991/3783).
STS de 22 de abril de 1991, (RJ/1991/9812).
STS de 22 de abril de 1991, (RJ/1991/292).
STS de 22 de abril de 1991, (AC/617/91).
STS de 15 de abril de 1991, (RJ/1991/2693).
STS de 18 de marzo de 1991, (RJ/1991/2265).
STS de 13 de febrero de 1991, (AC/344/91).
STS de 22 de enero de 1991, (RJ/1991/308).
STS de 29 de noviembre de 1990, (AC/188/91).
STS de 5 de septiembre de 1990, (RJ/1990/6854).
STS de 24 de julio de 1990, (AC/959/90).
STS de 17 de julio de 1990, (AC/933/90).
STS de 10 de julio de 1990, (RJ/1990/5791).
STS de 13 de marzo de 1990, (RJ/1990/1693).
STS de 15 de noviembre de 1989, (AC/228/90).

STS de 22 de junio de 1989, (AC/984/89).
STS de 5 de junio de 1989, (RJ/1989/4298).
STS de 5 de junio de 1989, (AC/910/89).
STS de 17 de abril de 1989, (AC/774/89).
STS de 6 de febrero de 1989, (RJ/1989/669).
STS de 30 de enero de 1989, (RJ/1989/159).
STS de 25 de octubre de 1988, (RJ/1988/7637).
STS de 14 de octubre de 1988, (AC/98/89).
STS de 7 de julio de 1988, (RJ/1988/5581).
STS de 12 de mayo de 1988, (RJ/1988/4087).
STS de 22 de marzo de 1988, (RJ/1988/2224).
STS de 9 junio de 1986, (RJ/1986/3298).
STS de 21 de marzo de 1986, (RJ/1986/1275).
SSTS 21 marzo de 1986, (La Ley–16.156–R).
STS de 28 de febrero de 1986, (RJ/1986/862).
STS 21 de 19 de diciembre de 1985, (RJ/1985/6600).
STS de 29 de noviembre de 1985, (AC/185/86).
STS de 13 de noviembre de 1985, (RJ/1985/5607).
STS de 20 de junio de 1985, (RJ/1985/3302).
STS de 31 de mayo de 1985, (RJ/1985/2837).
STS de 22 de marzo de 1985, (RJ/1985/1196).
STS de 17 de enero de 1985, (RJ/1985/180).
STS de 14 de enero de 1985, (RJ/1985/173).
STS de 10 de enero de 1985, (RA/169).
STS de 18 de noviembre de 1983, (RJ/1983/6488).
STS de 7 de marzo de 1983, (RJ/1983/1426).
STS de 19 de abril de 1982, (RJ/1982/1957).
STS de 3 de abril de 1981, (RJ/1981/1479).
STS de 5 de julio de 1980, (RA/1980/5846).

STS de de 5 de julio de 1980, (RJ/1980/3085).
STS de 20 de junio de 1980, (RJ/1980/2412).
STS de 5 de mayo de 1980, (RJ/1980/1784).
STS de 8 de febrero de 1980, (RJ/1980/933).
STS de 21 de abril de 1979, (RJ/1980/931).
STS de 25 de febrero de 1978, (RJ/1978/590).
STS de 14 de febrero de 1973, (RJ/1973/4788).
STS de 16 de octubre de 1967, (RJ/1967/3823).
STS de 21 de octubre de 1966, (RJ/1966/4724).
STS de 14 de marzo de 1964, (RJ/1964/1594).
STS de 21 de noviembre de 1963, (RJ/1964/347).
STS de 14 de noviembre de 1962, (RJ/192/4289).
STS de 28 de enero de 1961, (RJ/1961/296).
STS de 21 de octubre de 1959, (RJ/1959/3681).
STS de 11 de junio de 1959, (RJ/1959/1649).
STS de 8 de julio de 1954, (RJ/1954/2027).
STS de 20 de junio de 1950, (RJ/1950/704).
STS de 26 de mayo de 1950, (RJ/1950/744).
STS de 28 de enero de 1944, (RJ/1944/223).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

STS de 25 de julio de 2014, (RJ/2014/437).
STC de 15 de diciembre de 2003, (RTC/2003/224).
STC de 1 de diciembre de 2003, (RTC/2003/213).
STC de 27 de septiembre de 1999, (RTC/1999/165).

JURISPRUDENCIA MENOR.

SAP de Madrid de 13 de octubre de 2014, (AC/2014/85).

SAP de Cáceres, de 19 de diciembre de 2013, (AC/2013/172).

SAP de La Rioja de 20 de marzo de 2012, (AC/2012/88).

SJM de Valencia, de 27 de diciembre de 2010, (RJ/2010/430).

SAP de Asturias, de 29 de septiembre de 2010, (AP/412/2010).

SAP de Madrid de 4 de junio de 2007, (AC/2007/1226).

SAP de Madrid, de 2 de abril de 2007, (AC/2007/1563).

SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2006, (AC/2007/497).

SAP de Barcelona de 14 de junio de 2006, (AC/2006/284).

SAP de Badajoz, de 20 de febrero de 2006, (AC/2006/2039).

STSJ de Galicia, de lo Social, de 20 de octubre de 2005, (AS/2005/2905).

SAP de Madrid, de lo Social, de 18 de julio de 2005, (AS/2005/2905).

SAP de Zaragoza, de 20 de octubre de 2003, (JUR/2003/1408).

SAP de Lugo, de 5 de junio de 2003, (JUR/2003/246923).

SAP de Málaga de 29 de octubre de 2002, (JUR/2003/139815).

SAP de Baleares de 22 de julio de 2002, (AC/2002/451).

SAP de Huelva, de 30 de mayo de 2002, (AC/2002/1159).

SAP de Málaga, de 16 de septiembre de 1999, (AC/1999/7069).

SAP de Sevilla, de 18 de julio de 1995, (AC/1995/1408).

SAP de Zaragoza, de 13 de diciembre de 1994, (AC/1994/2123).

SAP de Zaragoza, de 21 de junio de 1993, (AC/1993/1335).

SAP de Valencia, de 10 de febrero de 1993, (AC/1993/706).

SAP de Asturias, de 7 de abril de 1993, (AC/1993/530).

JURISPRUDENCIA FRANCESA.

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 25 de marzo de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 25 mars 2014, 12–29.534, publié au Bulletin*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 12 de febrero de 2014, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre civile 3, 12 février 2014, 12–28.902, publié au Bulletin*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 27 de noviembre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre sociale, 27 novembre 2013, 12–26.376, publié au Bulletin*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 20 de noviembre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre sociale, 20 novembre 2013, 12–30.100, publi*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 30 de octubre de 2013, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre civile 3, 30 octobre 2013, 12–22.310, publié au Bulletin*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 28 de junio de 2013, (Caso *Cour d'appel de Limoges, 28 juin 2013, 12–00825*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 10 de julio de 2012, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 10 juillet 2012, 11–20.060, publi*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 29 de junio de 2010, (Caso *Cour de Cassation, civile, Chambre commerciale, 29 juin 2010, 09–11.841*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 19 de junio de 2012, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 19 juin 2012, 11–13.176, publié au Bulletin*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 15 de marzo de 2011, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre commerciale, 15 mars 2011, 09–71.934, publi*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 29 de junio de 2010, (Caso *Cour*

de Cassation, civile, Chambre commerciale, 29 juin 2010, 09–11.841).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 18 de noviembre de 2009, (Caso *Cour de Cassation, civile, chambre sociale, 18 novembre 2009, 08–19.419*).

Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 21 de junio de 2004, (Caso *Cour de Cassation, chambre sociale, 21 juin 2004, 02–43.793*).

JURISPRUDENCIA ITALIANA.

Sentencia de Casación de 11 de marzo de 2006, (nº 5390).

Sentencia de Casación de 23 de septiembre de 2004, (nº 24295).

Sentencia de Casación de 27 de abril de 2004, (nº 4016).

Sentencia de Casación de 10 de febrero de 2003, (nº 1952).

Sentencia de Casación de 6 de octubre de 1970, (nº 1803).

Sentencia de Casación de 15 de marzo de 1972, (nº 756).

Sentencia de Casación de 13 de enero de 1972, (nº 106).

Sentencia de Casación de 23 de julio de 1964, (nº 1986).

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA ITALIANA.

Sentencia nº 3597 de *Consiglio di Stato*, de 8 de julio de 2013.

Sentencia nº 6297 de *Consiglio di Stato*, de 10 de diciembre de 2012.

Sentencia nº 3262 de *Consiglio di Stato*, de 31 de mayo de 2012.

Sentencia nº 5829 de *Consiglio di Stato*, de 18 de agosto de 2010.

Sentencia nº 2568 de *Consiglio di Stato*, de 4 de mayo de 2010.

Sentencia nº 2406 de *Consiglio di Stato*, de 24 de abril de 2012.

JURISPRUDENCIA MENOR ITALIANA.

Sentencia nº 2525 de *Campania, Napoli*, de 11 de mayo de 2009.

Sentencia nº 1218 de *Abruzzo, L'Aquila*, de 13 de noviembre de 2008.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA MENOR ITALIANA.

Sentencia nº 36 de *C.G.A.R. Sicilia*, de 31 de enero de 2014.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABBAGNANO, N.: *Diccionario de filosofía*, actualizado y aumentado por Giovanni Fornero, revisión de la edición en español por Pedro Torres Agilar, Cuarta edición en español, primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- ABELLA RUBIO, J. M^a.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, O’Callaghan Muñoz, X. (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 361–381.
- ACEDO PENCO, Á.: *Teoría general de las obligaciones*, 2^a Edición revisada, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2011.
- ADAME GODDARD, J.: “Capítulo 1. Bases doctrinales para un derecho contractual internacional”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 33–50.
- *La obligación del vendedor de entregar las mercancías, según la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, interpretada a la luz del Derecho romano clásico*. En <<http://www.uncitral.org>>, pág. 114.
- ADAR, Y. y SHALEV, G.: “The Law of Remedies in a Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, págs. 111–141.
- AGUDO GONZÁLEZ, J.: “Sobre la europeización del Derecho y la evolución de la teoría

del procedimiento administrativo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Ricardo Alonso García; Javier Díez-Hochleitner y Pablo Pérez Tremps (Directs.), nº 45, Enero–Marzo 2013, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2013, págs. 61–111.

AGUILAR GRIEDER, H.: “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, ISSN 1989–4570. En <<http://www.westlaw.es/>>, págs. 23–48.

- “El impacto del reglamento «Roma I» en el contrato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, ISSN 1989–4570. En <<http://www.westlaw.es/>>, págs. 24–46.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y SANTOS BRIZ, J.: “Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II”, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, Arts. 1.088 a 1.444, doctrina, antecedentes y concordancias de Jaime Santos Briz y José Ángel Torres Lana, José Luis Albácar López, (Direct., coord., selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía), Ed. Trivium S. A., Madrid, 1991, págs. 3–843.

- *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Actualización 1995, Ed. Trivium S. A., Madrid, 1996.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimocuarta Edición, Edisofer, S. L., Madrid, 2011.

- *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, Decimotercera Edición, Edisofer, S. L., Libros Jurídicos, Madrid, 2008.
- *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Decimoquinta Edición, puesta al día de legislación y jurisprudencia, Barcelona, Librería Bosch, S. L., 2002.

- ALCARAZ VARÓ, E. y HUGHES, B.: *Diccionario de términos jurídicos*, Prólogo de Ramón Martín Mateo, 10.^a edición actualizada, Ed. Ariel, Barcelona, 2007.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *De los contratos*, Reimpresión, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.
- *Teoría de las Obligaciones*, Ed. Jurídica Cono Sur Limitada, Santiago de Chile, 1998.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M.: *Curso de Derecho civil*, Redactado y puesto día por Antonio Vodanovic H., T. III, De las obligaciones, Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1957.
- ALMAGRO NOSETE, J.: “Comentarios”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Presidente y Coord.), T. 6, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2000, págs. 444–740.
- ALPA, G.: *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Ed. Laterza, Bari, 2007.
- ALPA, G. y BESSONE, M. (Editores): *Causa y consideration*, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padiva, 1984.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derecho de obligaciones*, vol. II, El Derecho de los contratos, Civitas, Madrid, 2002.
- ÁLVAREZ CARVALLO, J. M^a.: “La unificación del derecho de obligaciones”, *Estudios de homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. primero, Coordinación a cargo del área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, José María Bosch Editor, S. A., Zaragoza, 1992, págs. 65–86.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Cuarta Edición, Ed. Comares, Granada, 2009.

- “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones. Sección primera. –De las obligaciones puras y de las condicionales”, *Comentario del Código civil*, Cándido Paz–Ares Rodríguez; Luis Diez–Picazo Ponce de León; Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (Directs.), Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 74–100.
- *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Primera Edición, Ed. Comares, Granada, 1986.

ÁLVAREZ VIGARAY, R. y DE AYMERICH DE RENTERÍA, R.: *La rescission por lesion en el Derecho civil español común y foral*, Ed. Comares, Granada, 1989.

AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Estudios jurídicos*, T. II, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

ANDREAU MARTÍNEZ, B.: *El acreedor a término*, Ed. Comares, Granada, 2003.

- “«Incumplimiento anticipado»: regulación en los Principios de Derecho Contractual Europeo y soluciones a la vista del Código civil español”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 333–340.

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: “Jurisprudencia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2010, págs. 989–1163.

- “Jurisprudencia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008, págs. 827–1119.

ARNALDO ALCUBILLA, E.: *Enciclopedia jurídica*, Ed. La Ley, Madrid, 2008–2009.

ARNAU MOYA, F.: *Lecciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, curso 2008/2009, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, Universitat Jaume, Castelló de la Plana, 2009.

ARRIBÁLZAGA, M. E.: *Diccionario jurídico jurisprudencial. Definiciones y conceptos extraídos de la doctrina*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Capítulo 8. Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 209–238.

- “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, Prólogo, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. I, enero–marzo 2008, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 211–239.

- “Textos básicos de Derecho privado europeo. *Acquis communautaire* y Derecho civil futuro”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 639–663.

ATAZ LÓPEZ, J.: “III. La buena fe contractual”, *Tratado de los contratos*. T. I, §2. La

libertad contractual y sus límites, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Direct.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 167–171.

ATYIAH, P. S.: *An introduction to the law of contract*, Quinta Edición, Clarendon Press, Oxford, 1995.

– *The law of contract*, Fourth Edition, Clarendon Press, Oxford, 1989.

AUBERT, J.-L.: *Le contrat. Droit des obligations*, 2^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2000.

ÁVILA NAVARRO, P.: “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 625, Nov.–Dic. 1994, Madrid, 2010, págs. 2581–2620.

AYMERICH RENTERÍA, R.: “Concepto jurídico de la obligación de Roberto de Ruggiero”, *Estudios en Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (Coord.), vol. Primero, Cometa, S. A., Zaragoza, 1993, págs. 145–154.

AZÚA REYESA, S.: *Teoría general de las obligaciones*, Prólogo de Ignacio Galindo Garfias, Ed. Porrúa, S. A., México, D. F., 1993.

BACHER: “Section VI. Preservation of the goods. Introduction to Articles 8588”, *Commentary on the un Convention on the international sale of goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 895–914.

BADIA SALILLAS, Á.: “En torno al artículo 1.504 del Código Civil: Requerimiento,

resolución y transmisión del derecho del vendedor”, *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Publicaciones del Cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, págs. 39–66.

BADOSA COLL, F.: *Memoria de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

– *Conceptos fundamentales del Derecho. Las relaciones jurídicas patrimoniales*, 10ª Edición, Marcombo, S.A., Barcelona, 1994.

BALLORIANI, M.; DE ROSA, R. y MEZZANOTTE, S.: *Manuale breve Diritto civile*, Tutto il Programma d’esame con domande e risposte commentate, VII edizione, con la Presentazione di Francesco Caringella, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 2012.

BARAONA GONZÁLEZ, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Dykinson, S. L., Madrid, 1998.

BARBERO, D.: *Sistema del Diritto privato italiano*, vol. Secondo, Obbligazioni e contratti, successioni per causa di morte, Unione Tipografico–Editrice Torinese, Torino, 1962.

BARRERA GRAF, J.: “Section VI. Preservation of the goods. Article 85”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, págs. 613–619.

BARROS BOURIE, E.: *Tratado de responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

- BARROS ERRÁZURIZ, A.: *Curso de Derecho civil*, vol. II, Tratado de las obligaciones, Cuarta Edición corregida y aumentada, Ed. Jurídica de Chile, 1932.
- BASSENGE, P.; BRUDERMÜLLER, G.; DIEDERICHSEN, U.; EDENHOFER, W.; HEINRICHS, H.; HELDRICH, A.; PUTZO, H.; SPRAU, H.; THOMAS, H. y WEIDENKAFF, W.: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, München, 2002.
- BATALLER GRAU, J.: “Capítulo II. ¿Hacia una unificación de la normativa del contrato de seguro en Europa? Tópicos para un debate”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 49–65.
- BAZINAS, S. V.: “Harmonisation of International and Regional Trade Law: the UNCITRAL Experience”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. VIII, 2003–1/2, UNIDROIT, Rome, 2002, págs. 53–62.
- BELADIEZ ROJO, M.: *Los principios jurídicos*, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Ed. Civitas, Madrid, 2^a edición, 2010.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P.: *La obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989.
- BÉNABENT, A.: *Droit civil. Les obligations*, 10^e edition, Montchrestien, 2005.
- BÉRAUDO, J. P.: “Principios de UNIDROIT (y de la Unión Europea) y su influencia en el

Derecho internacional”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 294–304.

- “Los principios *UNIDROIT* como instrumento para interpretar o suplementar textos internacionales de Derecho uniforme o textsos de Derecho interno”, *The UNIDROIT principles: A common law of contracts for the Americas*, Frédérique Mestre y Patricia de Seume (Edits.), Roma, 1998, págs. 235–247.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (Direct.): *Comentarios al Código civil*, T. VI, arts. 1043 a 1264, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- “*Comentarios al Código Civil*”, 3^a Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2009.
- *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Obligaciones y contratos, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R. (Direct.); MORALEJO IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S. (Coords.): *Tratado de contratos*, T. I, concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficiencia del contrato, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BERNARD MAINAR, R.: *Derecho civil patrimonial. obligaciones*, revisado y actualizado, Ts. I y III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

BETTI, E.: *Teoría General del negocio jurídico*, Traducc. y concordancias por A. Martín Pérez, Ed. Comares, Granada, 2000.

- *Teoría general de las obligaciones*, T. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

- BIANCA, C. M.: *Derecho civil. 3. El contrato*, Traducc. por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

- BIHR, P.: *Droit civil général*, Éditions Dalloz, Paris, 2008.

- BLASCO GASCÓ, F. de P.: *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

- BOBES SÁNCHEZ, M^a. J.: “La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del *BVerfG* sobre el Tratado de Lisboa”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Ricardo Alonso García; Javier Díez-Hochleitner y Pablo Pérez Tremps (Directs.), n° 33, Enero–Marzo 2010, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010, págs. 157–186.

- BONELL, M. J.: “CISG, European Contract Law”, *The American Journal of comparative law*, vol. 56, n° 1, George A. Bermann, James R. Gordley y Mathias W. Reimann (Edits.), The American Society of Comparative Law, Inc., Oxford, 2008, págs. 1–28.

- “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, *Revista Der. Unif.*, 2004–1. En <http://www.unidroit.org/>, págs. 5–40.

- “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Prepared by the Institute for the Unification of Private Law”, *Transnational law in commercial*

legal practice, vol. 1, Center for Transnational Law (Edit.), QUADIS Publishing, Münster, 1999, págs. 7–44.

BONELL, M. J. y PELEGI, R.: “*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table*”, *Uniform Law Review*, Walter Rodinò (Direct.), NS – vol. XIV, 2009–3, *UNIDROIT*, Milano, 2011, págs. 437–554.

BONET CORREA, J.: *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, T. IV, Libro Cuarto (Título I, Capítulos I a IV), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1990.

BORDA, G. A.: *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, T. I, Cuarta Edición actualizada y ampliada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976.

BOZZO, S.: *La excepción de contrato no cumplido*, Tesis Doctoral, Universitat de València, en <www.roderic.uv.es>, 2012.

BRANCA, G.: *Instituciones de Derecho privado*, traducc. de la sexta edición italiana por Pablo Macedo, Ed. Porrúa, S. A., México, 1978.

BRUGI, B.: *Instituciones de Derecho civil, con aplicación especial a todo el Derecho privado*, Traducc. de la Cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull, Unión Tipográfica Ed. Hispano-Americana, México, 1946.

BUONCRISTIANO, M.; CIRILLO, G. P.; CIFFARO, V. y ROSELLI, F. (Coords.): *Codice civile, Le fonti del Diritto italiano, I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, Terza edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

BÜRGERLICHES GESETZBUCH (*BGB*) 2002. SONDERAUSGABE. SCHULDRECHTSREFORM. NEUES RECHT/ALTES RECHT: Mit Einführung von Prof. Dr. Stephan Lorenz, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2002.

BUSTO LAGO, J. M.: “Comentario a la STS de 6 de diciembre de 2010, (RJ/2010/6953)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 87, septiembre–diciembre 2011, Rodrigo Bercovitz Rodríguez–Cano, (Direct.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2011, págs. 1433–1449.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 25 a 29”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 209–239.

CABRILLAC, R.: *Droit des obligations*, 7^e édition, actualizada, Éditions Dalloz, Paris, 2006.

CAFFI, M.: “La Convenzione di Roma ad un anno dalla sua entrata in vigore”, *La Convenzione di Roma sul Diritto applicabile al contratto internazionali*, Gioio Sacerdoti y Manlio Frigo (Coords.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1993, págs. 143–145.

CALDERÓN CUADRADO, M^a. P.: “La resolución contractual desde la óptica del proceso. Un breve apunte al hilo de la jurisprudencia mayoritaria”, *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, T. II, Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro (Coords.), Publicaciones de la Universitat de València, Valencia, 2008, págs. 1359–1379.

CALVO CARAVACA, A.–L.: *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las*

obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas, Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. II, separata, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009.

- “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 71 a 74”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 560–579.

CALVO CARAVACA, A.–L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los contratos internacionales y el mito de la «nueva *lex mercatoria*»”, *Estudios sobre contratación internacional*, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (Directs.), Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2006, págs. 55–80.

CÁMARA LAPUENTE, S.: “Capítulo 10. Una aproximación al arrendamiento de bienes muebles («*lease of goods*») en el Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 267–310.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías. (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Prólogo de Mariano Aguilar Benítez de Lugo, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2000.

CANIN, P.: *Droit civil. Les obligations*, 3^e edition, Hachette Livre, Paris, 2007.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La equidad en el Derecho privado*, Derecho y

justicia, Bosch editor, Barcelona, 2009.

- *La mora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

CAPITANT, H.: *De la causa de las obligaciones*, Traducc. y notas por Eugenio Tarragato y Contreras, Analecta ediciones y libros, S. L., Navarra, 2005.

CAPRILE BIERMANN, B.: “La resolución en el derecho chileno”, *La terminación del contrato*, José Alberto Gaitán Martínez y Fabricio Mantilla Espinosa (Directores académicos), Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

CARBONE, S. M. y LUZATTO, R.: *Il contratto internazionale*, UTET Librería, Torino, 1994.

CARBONNIER, J.: *Droit civil*, T. 4. Les obligations, Presses Universitaires de France, Paris, 1956.

CARDENAL FERNÁNDEZ, J.: *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1979.

CARINGELLA, F. y DE MARZO, G.: *Manuale di Diritto civile. II. Le obbligazioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007.

CARRANZA, J. A.: *El dolo en el Derecho civil y comercial. Estudio doctrinario y jurisprudencial*, Prólogo de Augusto Mario Morello, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1978.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de los contratos*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010.

- “Failure, breach and non-conformity in contracts. A Spanish and European approach”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 297–320.

CARRASCO PEREDA, Á.; CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2002.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2009.

- *El contrato internacional. Fraccionamiento versus unidad*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1992.

CARRILLO POZO, L. F.: *El contrato internacional: la prestación característica*, Prólogo de Paolo Mengozzi, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Cometa, S. A., 1994.

CASELLA, G.: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2001.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. Tercero, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, Decimoséptima Edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Amigo, Reus, S. A., Madrid, 2008.

- *Derecho civil español, común y foral*, T. Cuarto, Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, Decimocuarta Edición, revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Reus, S. A., Madrid, 1988.

CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos*

internacionales y su aplicación por los tribunales españoles, Ed. Comares, Granada, 2009.

CASTILLA BAREA, M.: “La unificación de los diversos regímenes de saneamiento poros y vicios ocultos y falta de conformidad de los bienes vendidos: ¿una cuestión pendiente en materia de compraventa?”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Colección Monografías de Derecho civil, II. Obligaciones, M^a. del Carmen Gómez Laplaza (Coord.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2012, págs. 89–96.

– “La desaparición sobrevenida de la causa y la imposibilidad sobrevenida fortuita en la compraventa a consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico”, *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Prólogo de Mariano Alonso Pérez, vol. II, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008, págs. 1433–1449.

– *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2001.

CASTIÑEIRA JEREZ, J.: “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Ángel López y López; Francisco Vicent Chuliá; José M^a. Miquel González y Francisco Capilla Roncero (Directs.), nº 29, julio–diciembre de 2012, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2012, págs. 71–106.

CAVALAGLIO, L.: *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2006.

CERRATO GURI, E. y PICÓ I JUNOY, J.: “Capítulo 15. “La inversión de la carga de la prueba de la culpa en los principios de derecho europeo de la responsabilidad

civil”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 377–389.

CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice civile*, nona edizione a cura di Giorgio Cian, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2009.

CIPRIANI, N.: *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, S. P.A., Napoli, 2000.

CLARKE, P.: *Contract law*, Straightforward Publishing, Brighton, 2010.

CLARO SOLAR, L.: *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, T. X, De las obligaciones, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1998.

CLEMENTE MEORO, M. E.: “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones”, *Código civil comentado, vol. III, Libro IV – Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*, Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (Directs.), Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés, José Miguel Rodríguez Tapia y Eduardo Vázquez de Castro (Coords.), Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2011, págs. 194–248.

– *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española*, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV, nº 2131, mayo de 2011, en <<http://www.mjusticia.es/>>.

- *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009.
- “La resolución del contrato como excepción procesal”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez; Jorge Caffarena Laporta; José M^a Miquel González; Vicente L. Montés Penadés; Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador), T. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003.
- *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CLOSE, G.: “Use or Abuse the Powers under the EEC Treaty?”, *European Law Review*, vol. 3, diciembre 1978, Sweet & Maxwell, London, 1978, págs. 461–481.

COCA PAYERAS, M.: “El Derecho contractual europeo y la armonización del Derecho civil en la Unión”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 34–47.

CODE CIVIL, 112^e édition, Edition 2012, Éditions Dalloz, Paris, 2013.

- 110^e édition, Edition 2011, Éditions Dalloz, Paris, 2010.

CODICE CIVILE, Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. Chiaves – dott.sa V. Virzì, sotto la supervisione del prof. P. G. Monaretti e la consulenza di Web

editing del dott. F.G. Pizzetti, 2000. En <<http://www.jus.unitn.it/>>.

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, Concordado y comentado por Marcelo U. Salerno y Carlos A. R. Lagomarsino, Ed. Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, 2006.

CÓDIGO CIVIL. Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernándio Xiol Ríos (Direct.), Grupo El Derecho y Quantor, S. L., Madrid, 2010.

CÓDIGO CIVIL, Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008.

CÓDIGO CIVIL, concordado y comentado. Con jurisprudencia y doctrina de las audiencias provinciales a cargo de Fernando Murillo González, Francisco Echeverría Summers y José Carlos Erdozain López, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2005.

CÓDIGO CIVIL, Concordancias, 9ª Edición, Notas y Jurisprudencia a cargo de Francisco Javier Fernández Urzainqui, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1996.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Ley nº 59/1987 de 16 de julio, Anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español, Ángel Acebo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Dykinson, S. L., Madrid, 2005.

CÓDIGO CIVIL DU QUÉBEC, Édition critique, 10ª édition, Jean-Maurice Brisson y Nicholas Kasirer, Éditins Yvon Blais, Québec, 2002.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, Estudio Preliminar y Notas por Francisco J. Andrés Santos y Álvaro Núñez Iglesias, Traducc. de Álvaro Núñez Iglesias, Marcial Pons,

Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2005.

CÓDIGO CIVIL JAPONÉS, Estudio preliminar, Traducc. y notas por Rafael Domingo y Nobuo Hayashi, Prólogo de Antonio Garrigues Walker, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2000.

CÓDIGO CIVIL, Jurisprudencia sistematizada, Purificación Martorell Zulueta (Coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS, 12.^a edição, Anotado y actualizado, Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS, texto oficial, versión autorizada por *The American Law Institute*, Estudio preliminar y traducc. a cargo de José M^a. Garrido, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2002.

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.: *Resolución contractual*. Informe de Investigación CIJUL, Centro de Información Jurídica en línea, en <www.aslegalcr.com>.

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: Estudios de Derecho europeo privado, Prólogo del Excmo. Sr. Don José Poveda Díaz, Juan M^a. Díaz Fraile (Coord.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.

COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho civil*, Traducc. de la Segunda Edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demofilo De Buen,

T. Tercero, Instituto Ed. Reus, Madrid, 1960.

COLLART DUTHEUL, F. y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, Éditions Dalloz, Paris, 2007.

COLINS, H.: *The law of contract*, fourth edition, LexisNexis UK, London, 2003.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Dictamen de la Comisión sobre la solicitud del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, COM(2008) 730 final, Bruselas, 2008. En <<http://www.westlaw.es/>>.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Naciones Unidas, Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena, New York, 2011.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial de Estado, Madrid, 2009.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Boletín General de Información, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, año LXIII, enero de 2009. En <www.mjusticia.gob.es/>.

COMPAGNUCCI DE CASO, R. H.: *Manual de obligaciones*, Ed. Astrea de Alfredo y

Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1997.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Derecho de contratos*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2003.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969, Naciones Unidas, en [http:// www.aloj.us.es/](http://www.aloj.us.es/).

COOKE, J. y OUGHTON, D.: *Common law of obligations*, Second Edition, Butterworth & Co. Publishers, London, 1993.

COROMINAS, J. y PASCUAL, J. A.: *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. III, Ed. Gredos, Madrid, 1984.

CORRAL TALCIANI, H.: “La cláusula penal en la resolución del contrato”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, Enrique Alcalde y Hugo Fábrega (Coords.), Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2009, págs. 331–360.

COSTANZA, M^a.: “Artt. 1453– 1462”, *Commentario al Codice civile*, Volume quarto, arts. 1173–1654, Paolo Cendon (Direct.), Unione Tipografico–Editrice Torinese, Torino, 1991, págs. 828–856.

CRISTÓBAL MONTÉS, Á.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1989.

CRUZ MORENO, M^a.: *La «exceptio non adimpleti contractus»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CUERPO DEL DERECHO PRIVADO ROMANO, a doble texto, traducido al castellano del

latino publicado por hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral, Primera Parte. Digesto. T. II, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.

CHAMORRO POSADA, M.: “Diligencia y responsabilidad contractuales por error en el abono en cuenta corriente bancaria [un apunte sobre la buena fe en el derecho contractual europeo]”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 31–39.

CHAMORRO, M. y MARCOS, F.: “Autonomía de la voluntad y compensación. Derecho dispositivo y derecho impositivo en la liquidación simplificada de obligaciones de Derecho privado”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 435–450.

CHARLERY, J.: *International trade law*, Longman Group UK Limited, London, 1993.

CHUAH, J, C. T.: *Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 1998.

DABIN, J.: *El derecho subjetivo*, Traducc. de Francisco Javier Osset, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2006.

D’AMICO, P.: *Common law*, G. Giappichelli Editore–Torino, Torino, 2005.

DAVID, R.: “Le Droit Continental, la «Common Law» et les Perspectives d’un «Jus

Commune» Européen”, *New perspectives for a common law of Europe*, Mauro Cappelletti y Max Kohnstamm (Edits.), European University Institute, Firenze, 1978, págs. 113–135.

DE ARAUJO, N.: *Contratos internacionais*, Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais, 2ª Edição Revista e Ampliada com a Jurisprudência Brasileira, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

DE BUEN LOZANO, N.: *La decadencia del contrato. Con un Apéndice «veinte años después»*, Segunda Edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1986.

DE BUSTOS GÓMEZ–RICO, M.; CORBAL FERNÁNDEZ, J. E.; DE LA ESPERANZA, P.; GONZÁLEZ OLLEROS, J.; GONZÁLEZ POVEDA, P.; MARÍN CASTÁN, F. y PAZ RUBIO, J. M^a.: *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 18ª Edición, Colex, Madrid, 2012.

– *Código Civil*, Comentarios y Jurisprudencia, 17ª Edición, Colex, Madrid, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Introducción de Juan Vallet de Goytisolo, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1985.

DE CASTRO VÍTORES, G.: “La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 619–648.

DE COSSIO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, T. I, Parte General.

Obligaciones y contratos, Revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez. Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1987.

DE DONATIS, A.: L'autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale. Gli ordinamenti interno e convenzionale e il progetto di riforma del 1990 del Diritto Internazionale Privato, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1991.

DE ELERA–SAN MIGUEL HURTADO, E. y HERNÁNDEZ RUIZ, M. C.: “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Antoni Vaquer (Editor), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 617–675.

DE GASPERI, L.: *Tratado de Derecho civil*, T. II, Obligaciones en general, con la colaboración de Augusto M. Morello, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964.

DE LA CUESTA RUTE, J. M^a: “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Eduardo Valpuesta Gastaminza (Coord.), Ed. Bosch, S. A., 2011, págs. 23–59.

DE LA HAZA DÍAZ, P.: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Prólogo de José Manuel González Porras, McGraw–Hill, Madrid, 1996.

DE LA MAZA GAZMURI, Í.: “El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 39, n° 3, septiembre–diciembre 2012, Santiago de Chile, 2012, págs.

629–663.

DE LA PEZA MUÑOZ CANO, J. L.: *De las obligaciones*, Quinta Edición, Ed. Porrúa, México, 2009.

DEL ARCO TORRES, M. Á. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Diccionario de Derecho civil*, Ed. Comares, S. L., Granada, 1999.

DELEBECQUE, P. y PANSIER, F.-J.: *Droit des obligations*, Libraire de la Cour de cassation, Editions Litec, Paris, 1997.

DELL' AQUILA, E.: *El contrato en Derecho inglés (Aspectos de Derecho comparado)*, T. I, Elementos del contrato y vicios de la voluntad, Prólogo del Prof. Dr. Juan Ramón Medina Cepero, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 2001.

– *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2005.

– *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, Casa Edit., Barcelona, 1965.

DE PABLO CONTRERAS, P.: “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, 3ª Edición, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2011, págs. 181–224.

DE PABLO VARONA, C.: ¿Constituye la resolución extrajudicial de un contrato por incumplimiento un supuesto de resolución por mutuo acuerdo?, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* paraf. 5 (Presentación), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2003. En <<http://www.westlaw.es/>>.

DE PAGE, H.: *L'obligation abstraite en Droit interne et en Droit comparé*, Traducc. de Janette Escobar, Bruxelles, 1957.

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V.: “Derecho contractual europeo y evicción: la superación del régimen de saneamiento”, *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Colección Monografías de Derecho civil, II. Obligaciones, M^a. del Carmen Gómez Laplaza (Coord.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2012, págs. 195–234.

DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho civil*, Traducc. de la 4.^a edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro, T. II, vol. primero, Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho sucesorio, Instituto Ed. Reus, Madrid, 1977.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P.: *Le Droit privé européen*, Ed. Economica, Paris, 1998.

DE VINCELLES, C. A.: “La resolution du contrat pour inexécution”, *Pour une réforme du Droit des contrats*, François Terré (Direct.), Éditions Dalloz, Paris, 2009, págs. 269–279.

DÍAZ ALABART, S.: “La recodificación en España: un futuro incierto”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2002, págs. 157–185.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a. D. (Direct.); HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a. D.; POUS DE LA FLOR, M^a. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L.: *Derecho civil comunitario*, Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2001.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Ed. Comares, Granada, 2000.

DÍAZ ROMERO, M^a. del R.: “Extensión de la condición resolutoria explícita en la contratación inmobiliaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Presidente), N^o 721, Sep.–Oct. 2010, Madrid, 2010, págs. 2281–2315.

DÍAZ SIERRA, M^a. del C.: “Desde la autonomía de la voluntad hasta la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa?”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, año I, 2002, n^o 2. En <<http://www.revistaderecho.um.edu.uy/>>, págs. 111–150.

DICCIONARIO AKAL DE FILOSOFÍA: Robert Audi (Edit.), traducc. de Huberto Marraud y Enrique Alonso, Cambridge University Press, Ediciones Akal, Madrid, 2004.

DICCIONARIO JURÍDICO EL DERECHO: Grupo Ed. El Derecho y Quantor, S. L., Madrid, 2009.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Las relaciones obligatorias, Sexta Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2008.

– *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, T. I, Sexta edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

- *Sistema de Derecho civil*, vol. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, Novena edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

- “Un Codice civile europeo”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2002, págs. 59–70.

- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

- “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 61 a 65”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 492–513.

- “Prólogo”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 11–13.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Las relaciones obligatorias, Quinta Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 1996.

- *Los incumplimientos resolutorios*, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

- “Artículos 1.254 y 1261 CC”, *Comentario del Código civil*, T. II, Cándido Paz–Ares Rodríguez; Rodrigo Bercovitz Rodríguez–Cano; Luis Díez–Picazo y Ponce de León y Pablo Salvador Coderch (Directs.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 428–441.

– *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2ª edición, reimpresión, 1979.

– *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1973.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Novena Edición, 5ª Reimpresión, Ed. Tecnos S. A., Madrid, 2005.

– *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª Edición, 2ª Reimpresión, Ed. Tecnos S. A., Madrid, 1992.

DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A. M.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

DI MAJO, A.: “Capitolo XLIX. Il contenuto del contratto”, *La disciplina generale dei contratti, dalle Istituzioni di Diritto privato*, a cura di Mario Bessone, Quarta edizione, G. Giappichelli Editrice, Torino, 1997, págs. 578–597.

DIMATTEO, L. A.; DHOOGHE, L. J.; GREENE, S.; MAURER, V. G. y PAGNATTARO, M. A.: *Internacional sales law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2005.

DOBBS, D. B.: *Law of remedies. Damages–equity–restitution*, Second Edition, Wets Publishing Co., USA, 1993.

DORIS, M.: “Harmonisation by numbers”, *European Law Review*, vol. 32, nº 6, diciembre 2007, Sweet & Maxwell, London, 2007, págs. 878–887.

DUGUIT, L.: *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de*

Napoleón, Traducc. de Carlos G. Posada, Segunda edición corregida y aumentada, Anacleto ediciones y libros, S. L., Pamplona, s/f .

EBERS, M.: *La reforma y europeización del Derecho alemán de obligaciones en la Armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Ferran Badosa Coli y Esther Arroyo i Amayuelas (Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ECKL, C.: “Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 41–52.

EDELMAN, J.: “The meaning of «damages»: common law and equity”, *The law of obligations*, editado por Andrew Robertson, Ed. UCL Press, London, 2004, págs. 31–58.

EHMANN, H. y SUTSCHET, H.: *La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones*, con la colaboración de Thomas Finkenauer y Wolfgang Hau, Traducc. de Claudia López Díaz y Ute Salach, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H. C.; JANSEN, N.; WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R.: *El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. (Cuestiones valorativas y problemas legislativos)*, Traducc. de Bruno Rodríguez–Rosado, ADC, T. LXII, fasc. IV, Madrid, 2009, págs. 1461–1522.

EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código civil alemán. BGB*, Introducción del Prof. Hein Kötz, comentario a la reforma del Derecho de la infancia de la Prof. Dagmar Coester–Waltjen, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1998.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA LA LEY: Enrique Arnaldo Alcubilla (Coord. General), T. 5, Wolters Kluwer España, S. A., Ed. La Ley, Madrid, 2008.

ENCICLOPEDIA OXFORD DE FILOSOFÍA: Ted Honderich (Edit.), traducc. de Carmen García Trevijano, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2001.

ENNECCERUS, L.: *Derecho de obligaciones*, vol. II, Doctrina especial, Primera Parte, Tercera Edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por José Ferrandis Vilella, Decimoquinta revisión por Heinrich Lehmann, Traducc. española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1966.

- *Derecho de obligaciones*, Undécima Revisión por Heinrich Lehmann, Traducc. de la 35.ª Edición alemana, Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, vol. Primero, Doctrina general, Segunda Edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1954.

ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil*, Segundo Tomo. Derecho de obligaciones, vol. II, doctrina especial, Primera Parte, Tercera Edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por José Ferrandis Vilella, Decimoquinta revisión por Heinrich Lehmann, Traducc. española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1966.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Nueva Edición, corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre Derecho americano, por Juan B. Guim, Librería de Rosa, Bouret y C^a, Paris, 1851.

ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Prólogo de Luis Díez-Picazo, Ed. Tecnos, Madrid, 1968.

ESPIAU ESPIAU, S.: “La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez; Jorge Caffarena Laporta; José M^a Miquel González; Vicente L. Montés Penadés; Antonio M. Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto (Comité Organizador), T. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2003.

- *La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial*, Aranzadi Civil-Mercantil vol. I (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1998. En <http://www.westlaw.es/>.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”, *Cien estudios jurídicos del profesor Dr. Diego Espín Cánovas*. (Colección seleccionada desde 1942 a 1996), T. I, Prólogo de Antonio Pau Pedrón, Presentación por Juan José Pretel Serrano, Secc. D, autonomía de la voluntad y sus límites, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, págs. 179–223.

- *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Sexta edición revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de reforma del Código civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, Quinta edición revisada y ampliada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- “Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado”, Universidad

de Murcia, s/f. En <<http://www.revistas.um.es/>>, págs. 9–60.

ESPINA, D.: “El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 102–153.

– “El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual. Principios *UNIDROIT* y Principios de Derecho Contractual Europeo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Presidente), N^o 710, Nov.–Dic. 2008, Madrid, 2008, págs. 2431–2484.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: “El principio de la buena fe”. En <<http://www.justiciayderecho.org/>>, págs. 1–29.

ESTRADA ALONSO, E.: *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2000.

FARRÉ ALEMÁN, J. M^a.: *Código civil comentado y concordado*, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2000.

FENOY PICÓN, N.: “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. IV, octubre–diciembre 2011, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011, págs. 1481–1684.

- “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores”, *ADC*, T. LXII, fasc. I, Madrid, 2009, págs. 156–280.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, M^a. Á.: “La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Xavier O’Callaghan Muñoz (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, págs. 383–489.

- *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, La Ley–Actualidad, S. A., Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ MASÍÁ, E.: “Optando por la normativa común de compraventa europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2012, en <www.reei.org>, págs. 1–21.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.: “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, *Derecho de obligaciones*, Jesús Corbal Fernández (Direct.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 167–250.

FERRARI, F.: *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2^e édition entièrement revue, Forum Européen de la Communication, Paris, 2005.

FERRO–LUZZI, P.: *I contratti associativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 2001.

FETZE KAMDEM, I.: “Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats: plaidoyer pour un discours affine sur les moyens d’intégration juridique”,

Uniform Law Review Revue de Droit Uniform, vol. XIII, 2008–3, *UNIDROIT*, Milano, 2008, págs. 709–744.

FIORINI, A.: “The Codification of Private Internacional Law in Europe—Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, págs. 89–110.

FLUME, W.: *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*, Traducc. de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

FONT SEGURA, A.: “Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos relativas a la competencia judicial”, *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Ramón Viñas y Georgina Garriga (Coords.), Prólogo de Alegría Borrás y Paul Lagarde, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2009.

FORNER DELAYGUA, J.-J.: “Capítulo 2. La ley aplicable a los contratos internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 51–84.

FUGARDO ESTIVILL, J. M^a.: “El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 77, enero–marzo 2011, Consejo General del Notariado, Getafe, Madrid, 2011, págs. 113–204.

- *El Reglamento (CE) Número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Consejo Nacional del Notariado, Madrid, 2010.

GABRIELLI, E.: *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

GALGANO, F.: “El contrato en las relaciones transnacionales”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 19–26.

- *Il contratto*, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Verona, 2007.

GALGANO, F. y MONARETI, P. G.: *Causalidad y abstracción del contrato: la contraposición entre los modelos francés y alemán*, Atlas de Derecho Privado, Traducc. de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.

GALINDO GARFIAS, I.: *Estudios de Derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, n° 51, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: “La unificación del Derecho civil patrimonial europeo”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, J. M. González Porras y F. P. Méndez González (Coords.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia,

Murcia, 2004, págs. 1787–1810.

GARCÍA CANTERO, G.: “La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos”, *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*, s/f. En <<http://www.unizar.es/>>, pág. 52.

- *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2010.
- “¿Civil law «versus» common law ..., o viceversa?”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 69, enero–marzo 2009, Consejo General del Notariado, Guadalajara, 2009, págs. 411–440.

GARCÍA GARNICA, M^a. del C.: “Consideraciones sobre la unificación del Derecho privado europeo”, *BIB* 2002/1024, *Aranzadi Civil–Mercantil* nº 7/2002, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2002, págs. 1–19.

GARCÍA GOYENA Y OROBIA, F. F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Cometa, S. A., Zaragoza, 1974.

GARCÍA PÉREZ, R.: “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, *BIB* 2012\3025, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil–Mercantil* nº 7/2012 (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2012. En <<http://www.westlaw.es/>>, págs. 1–27.

- “Capítulo III. De las diversas especies de obligaciones. Sección primera. De las obligaciones puras y de las condicionales. Artículo 1.124”, *Jurisprudencia civil*

comentada, T. II, artículos 609 a 1.314, Miguel Pasquau Liaño (Direct.), Klaus Jochen Albiez Dohrmann y Ana López Frías (Coords.), Ed. Comares, S. L., Granada, 2000, págs. 1968–2004.

GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “Hacia un Derecho europeo de contratos”, *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Elena F. Pérez Carillo (Coord.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2005, págs. 83–103.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “La europeización del Derecho Privado y el Derecho de OPAS español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Ricardo Alonso García; Javier Díez-Hochleitner y Pablo Pérez Tremps (Directs.), n° 11, Julio–Septiembre 2004, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2004, págs. 343–391.

GARRO, A. M. y PERALES VISCASILLAS, P.: “Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. III, julio–septiembre 2008, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 1389–1471.

GARRO, A. M. y ZUPPI, A. L.: *Compraventa internacional de mercaderías*, Prólogo de Jorge Barrera Graf, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990.

GENICON, T.: *La résolution du contrat pour inexécution*, Préface de Laurent Leveneur, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., Paris, 2007.

GETE–ALONSO Y CALERA, M^a del C.: *Estudios sobre el contrato*, Atelier, Barcelona, 2008.

GHESTIN, J.: “Les obligations du vendeur”, *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*, Actes du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1989, L. G. D. J., Paris, 1990, págs. 83–115.

GHERSI, C. A.: *Teoría general de la reparación de daños. Análisis sociológico y económico del daño individual y social. Hecho humano, daño y relación de causalidad. Autoría, Factores de atribución subjetivos y objetivos. Acciones de reparación y cuantificación del daño. Apéndice jurisprudencial*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S. R. L., Buenos Aires, 1997.

GIORGI, J.: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. IV. Fuentes de las obligaciones (continuación y fin de los contratos), Traducc. por la Redacción General de Legislación y Jurisprudencia y precedida de una Introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Reimpresión de la Segunda Edición, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1977.

GIROLAMI, G.: “Modernità e tradizione nel Diritto dei contratti: I Progetti di Fiforma del Code Napoléon nella prospettiva del giurista italiano”, *Rivista di Diritto civile*, anno LVIII, n° 2 marzo–aprile, C. Massimo Bianca, Francesco D. Busnelli, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giovanni Gabrielli, Antonio Gambaro, Natalino Irti, Giorgio Oppo, Andrea Proto Pisani, Pietro Rescigno, Rodolfo Sacco, Vincenzo Scalisi, Piero Schlesinger, Paolo Spada y Vincenzo Varano, Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2012, págs. 243–292.

– “Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi”, *Rivista di Diritto civile*, anno LV, n° 2 marzo–aprile, C. Massimo Bianca, Francesco D. Busnelli, Giorgio Cian, Angelo Falzea, Giovanni Gabrielli, Antonio Gambaro, Natalino Irti, Giorgio Oppo, Andrea Proto Pisani, Pietro Rescigno, Rodolfo Sacco, Vincenzo Scalisi, Piero Schlesinger, Paolo Spada y Vincenzo Varano, Cedam – Casa Editrice Dott.

Antonio Milani, Padova, 2009, págs. 181–225.

GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T. II, Obligaciones y contratos, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2005.

GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXV, Fasc. I, enero–marzo 2012, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, págs. 29–102.

GÓMEZ GÁLICO, J.: “Capítulo 25. La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 525–547.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Librería Bosch, Barcelona, 1987.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Artículo 1124”, *Comentarios al Código civil*, T. VI, Rodrigo Bercovitz Rodríguez–Cano (Direct.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 8213–8261.

– “Capítulo 6. Los principios Lando”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona,

2009, págs. 151–182.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: “Libre circulación de mercaderías: no todo es perfecto”, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, M^a. Cruz Urcelay Lecue (Direct.), octubre 2012, n^o 10, año XXXVIII, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, págs. 31–56.

GOROSTIAGA, N.: *La causa en las obligaciones*, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1944.

GRASO, G.: *La disciplina dell’invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Jovene editore, Napoli, 2005.

GRISI, G.: “Capitolo sesto. L’autonomia privata”, *I contratti in generale. Fonti – Diritto internazionale – Autonomía privada – Classificazione*, a cura di Paolo Cendon, Unione Tipografico–Editrice Torinese, Torino, 2000, págs. 291–364.

GUARDANS I CAMBÓ, I.: *Contrato internacional y Derecho imperative extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19–6–1980*, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1992.

GUILARTE ZAPATERO, V.: “Artículo 1.822”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, Manuel Albaladejo García (Direct.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, págs. 1–46.

HARTKAMP, A. S.: “Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. VIII, 2003–1/2, *UNIDROIT*, Rome, 2002, págs. 81–89.

HEISS, H.: “Party Autonomy”, *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual*

Obligations in Europe, Franco Ferrari y Stefan Leible (Edits.), Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, págs. 1–16.

HERBER, R.: “The german experience”, *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona Conference 2003, Franco Ferrari (Edit.), Sellier. European Law Publishers, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2003, págs. 59–71.

HERBOSA MARTÍNEZ, I.; VEIGA COPO, A. B. y CENCERRADO MILLÁN, E.: “Capítulo 7. El contrato de compraventa (7). La compraventa mercantil. El contrato de suministro”, *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicancias tributarias*, T. I, Contratos de finalidad traslativa de dominio (I), Mariano Yzquierdo Tolsada (Direct.), Thomson Reuters (Legal) Limited, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2014, págs. 619–714.

HERNÁNDEZ ARRANZ, M.: *La acción directa como instrumento de garantía*, Prólogo de Antonio Reverte Navarro, Publicaciones del Real Colegio de España, Cometa, S. A., Zaragoza, 2004.

HERNÁNDEZ FRAGA, K. y GUERRA COSME, D.: “El principio de la autonomía de la voluntad contractual. Sus límites y limitaciones”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Universidad de Cienfuegos, nº 6, junio 2012. En <<http://www.eumed.net/>>, págs. 27–46.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “La autonomía de la voluntad como fuente normativa de las relaciones arrendaticias rústicas a la luz de la nueva regulación”, *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Wolters Kluwer España, S. A., Madrid, 2006, págs. 59–75.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M^a. del M.: “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título I. De las obligaciones, Capítulos I a IV”, *Código civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. II, Antonio Salas Carceller (Coord.), Ed. Jurídica Sepín, S. L., Madrid, 2009.
- “Libro IV. De las obligaciones y contratos. Título II. De los contratos, Capítulos I y II”, *Código civil. Comentarios y Jurisprudencia*, T. II, Antonio Salas Carceller (Coord.), Ed. Jurídica Sepín, S. L., Madrid, 2009.
- HESSELINK, M. W.: “The Politics of a European Civil Code”, *The Politics of a European Civil Code*, Martijn W Hesselink (Edit.), Kluwer Law International, The Hague, 2006, págs. 143–170.
- “Il Codice civile olandese del 1992: un esempio per un Codice civile europeo”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2002, págs. 71–82.
- HESS–FALLON, B. y SIMON, A.–M.: *Droit civil*, 6^e edition, Éditions Dalloz, Paris, 2001.
- HORNUNG: “Article 81”, *Commentary on the un Convention on the international sale of goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 853–862.
- INFANTE RUIZ, F. J.: *Las garantías personales y su causa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- JALUZOT, B.: *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de Droit français, allemand et japonais*, Éditions Dalloz, Paris, 2001.

JAN SLOT, P.: “Harmonisation”, *European Law Review*, vol. 21, nº 5, octubre 1996, Sweet & Maxwell, London, 1996, págs. 378–397.

JIMÉNEZ COSTA, A.: “Libro II. Capítulos 1 y 2”, *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Ts. I y II, Antoni Vaquer Aloy; Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González (Coords.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, págs. 95–182.

JIMÉNEZ GÓMEZ, J. R.: “El principio de la buena fe en la teoría general del contrato”. En <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/>, págs. 189–197.

JIMÉNEZ LINARES, M^a. J.: *Resolución por incumplimiento de los contratos de permuta de solar por obra futura*, Aranzadi Civil–Mercantil num. 10/2005 (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2005. En <http://www.westlaw.es/>.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Capítulo 18. El régimen del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (en especial, de los intereses) en los proyectos sobre un Derecho Civil Europeo armonizado”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 419–433.

JORDANO BAREA, J. B.: “La causa en el sistema del Código civil español”, *Estudios en Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (Coord.), vol. Primero, Cometa, S. A., Zaragoza, 1993, págs. 457–476.

JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*.

Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1992.

JOSSERAND, L.: *Teoría General de las Obligaciones*, R. Pröschle G. & S. Soto B. Editores, Ed. Parlamento Ltda., Santiago de Chile, 2008.

- *Derecho civil*, Revisado y completado por André Brun, T. II, vols. I y II, Teoría general de las obligaciones, Traducc. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa–América, Bosch y Cía.–Editores, Buenos Aires, 1950.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento de las obligaciones”, *Instituciones de Derecho privado*, T. III, obligaciones y contratos, vol. 1º, Vicente L. Simó Santonja (Coord.), Civitas Ediciones, S. L., Madrid, 2002, págs. 113–195.

JÜRGEN SÄCKER, F.; RIXECKER, R. y OETKER, H.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2. Schuldrecht – Allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München, 2012.

KAHN–FREUND, O.: “Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation”, *New perspectives for a common law of Europe*, Mauro Cappelletti y Max Kohnstamm (Edits.), European University Institute, Firenze, 1978, págs. 137–168.

KANT, I.: *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Edición de Roberto R. Aramayo, Ed. Alianza, Madrid, 2002.

KAYE, P: *The new private international law of contract of the European Community*,

Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot, 1993.

KESSEDJIAN, C: “Uniformity v. diversity in law in a global world. the example of commercial and procedural law”, *Revue hellénique de Droit international*, Publiée par L’Institut Hellénique de Droit International et Étranger, Sakkoulas Publications, 61ème Année, Athènes, 2008, págs. 319–333.

KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1997.

KLEINHEISTERKAMP, J.: “Los principios *UNIDROIT* en la interpretación del Derecho nacional por tribunales estatales”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 176–187.

KNAPP, V.: “Section III. Remedies for breach of contract by the buyer. Article 61”, *Commentary on the Internacional Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, págs. 442–450.

KORKEA-AHO, E.: “EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility and Diversity Guaranteed?”, *Masstricht Journal of European and Comparative Law*, nº 3, vol. 16, Europa Rapid Press Release, Masstricht, 2009, págs. 271–290.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, Quinta Edición, revisada y puesta al día por Francisco

Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011.

- *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. Primero, Parte General. Teoría General del Contrato, 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2007.

LAFAILLE, H.: *Derecho civil*, T. VI, Tratado de las obligaciones, vol. I, Ediar, Soc. Anón., Editores, Buenos Aires, 1947.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Tercera edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

LAMARCA i MARQUÈS, A. (Direct.): *Código civil alemán, concordancias y ley de introducción al Código civil*, Traducc. por Albert Lamraca i Marquès, Marcial Pons, Barcelona, 2008.

LAMARCA i MARQUÈS, A.: “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del *BGB*”, Indret: *Revista Para El Análisis del Derecho*, Nº 2, 2001, Barcelona, 2001, págs. 1–10.

LANDO, O.: “Liberal, social and «ethical» justice in european contract law”, *Common Market Law Review*, Alan Daswood, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Jean–Paul Jacqué, Pieter Jan Kuijper, Wulf–Henning Roth, Piet Jan Slot y Jan A. Winter (Edits.), vol. 43, nº 3, junio 2006, Europa Rapid Press Release, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, págs. 817–833.

- “Principles of European Contract Law and *UNIDROIT* Principles: Moving from Harmonisation to Unification?”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. VIII, 2003–1/2, *UNIDROIT*, Rome, 2002, págs. 123–133.

- “The role of party autonomy and the relevance of usages”, *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Michael J. Bonell y Franco Bonelli (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1997, págs. 107–122.

- LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducc. de Carlos Fernández Rodríguez, Edición al cuidado de José L. Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2002.

- *Derecho civil. Parte general*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

- LARGO TABORDA, A.: *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2012.

- LARROUMET, C.: *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, T. III, 5e édition, Ed. Economica, Paris, 2003.

- *Teoría general del contrato*, vol. I, Traducc. de Guerrero R., Ed. Temis S. A., Bogotá, 1993.

- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, T. Tercero, Contratos, 6ª Edición, Revisada y Actualizada, Ed. Trivium, S. A., Madrid, 2001.

- LÉGIER, G.: *Droit civil. Les obligations*, 19^e édition, Éditions Dalloz, Paris, 2008.

- LEIBLE, S.: “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, ISSN 1989–4570. En <<http://www.westlaw.es/>>, págs. 214–233.

- “El Marco Común de Referencia y la elección del Derecho aplicable”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. VIII, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008, págs. 481–492.
- “Vías para la unificación del Derecho privado europeo”, *Estudios monográficos*, Traducc. de Francisco Infante Ruiz, en <www.upo.es>, págs. 1589–1609.

LEISTNER, M.: “Harmonization of intellectual property law in Europe: The European Court of Justice’s trade mark case law 2004–2007”, *Common Market Law Review*, Alan Daswood, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Jean–Paul Jacqué, Pieter Jan Kuijper, Wulf–Henning Roth, Piet Jan Slot y Jan A. Winter (Edits.), vol. 45, nº 1, February 2008, Europa Rapid Press Release, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, págs. 69–91.

LENAERTS, K. y VAN NUFFEL, P.: *Constitutional law of the European Union*, Robert Bray (Edit.), Second Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, reprinted, London, 2006.

LEÓN STEFFENS, A.: “Principios para contratos comerciales internacionales: algunas consideraciones de Derecho internacional privado en torno al Proyecto de *UNIDROIT*”, «*Principi per i contratti commerciali internazionali*» e il sistema giuridico latinoamericano, a cura di M. Joachim Bonell y Sandro Schipani, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma, Cedam, S. p. A., Padova, 1996, págs. 45–50.

LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de obligaciones*, vol. I. La relación obligatoria en general, Cuarta Edición, revisada y puesta al día por Javier Lete Achirica, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), Madrid, 2000.

LEVASSEUR, A.: “The Louisiana experience”, *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Verona Conference 2003, Franco Ferrari (Edit.), Sellier, European Law Publishers, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2003, págs. 73–94.

LEVY, J.-P. Y CASTALDO, A.: *Historie du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002.

LEYVA SAAVEDRA, J.: “Autonomía privada y contrato”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, año 4–5, nº 6 y nº 7 / 2010–2011. En <<http://www.pj.gob.pe/>>, págs. 267–290.

LOBATO GÓMEZ, J. M.: “El incumplimiento del contrato”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 371–392.

LOCKE, J.: *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Segunda Reimpresión, Traducc., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Ed., S. A., Madrid, 2003.

LÓPEZ LÓPEZ, Á.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 45 a 52”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 405–461.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: “El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta”, *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales nº 20/2008*, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2008.

En <<http://www.aranzadidigital.es/>>, págs. 1–11.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los contratos. Parte General*, 4ª Edición revisada y ampliada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.; MONTÉS PENADÉS, V. L. y ROCA I TRIAS, E.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Mª Rosario Valpuesta Fernández y Rafael Verdera Server (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

LYCZKOWSKA, K.: *Resolución por frustración de la finalidad del contrato desde la jurisprudencia del tribunal supremo*, Aranzadi Civil–Mercantil nº 20/2009 (Estudio), Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2010. En <<http://www.westlaw.es/>>.

LLÁCER MATAACÁS, Mª. R.: “Capítulo 21. La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento «no conforme»: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 461–474.

LLAMBIAS, J. J.: *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, T. II, Clasificaciones de las obligaciones, transmisión de las obligaciones, extinción de las obligaciones, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: “Hacia un derecho internacional privado europeo de sucesiones: la unificación de las normas de competencia”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 49/2013, Beatriz Pérez de las Heras (Direct.), Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, 2013, págs. 133–158.

MALAURIE, P. y AYNÈS, L.: *Les obligations*, 2^a édition, Defrénois, Paris, 2005.

- *Cours de Droit civil*. T. VI, Obligations, vol. II, Contrats et quasi-contrats, 11^e édition 2001/2002, Éditions Cujas, Paris, 2001.
- *Cours de Droit civil. Obligations*, par Laurent Aynès, 9^e édition, Éditions Cujas, Paris, 1998.

MALAURIE, P.; AYNÈS, L. y STOFFEL-MUNCK, P.: *Les obligations*, Editions juridiques associées, Defrénois, Paris, 2003.

MALINVAUD, P.: *Droit des obligations*, 8^e édition, Litec, Groupe LexisNexis, Paris, 2003.

MARCO MOLINA, J.: “La aproximación entre el régimen jurídico del vicio oculto y la regulación del incumplimiento contractual en la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 256–264.

MARINI, L.: “Libera circolazione delle merci”, *Tratado di Diritto privato*, diretto da Mario Bessone, vol. XXVI, *Il Diritto privato dell’unione europea*, a cura di Antonio Tizzano, T. I, G. Giappichelli Editrice, Torino, 2000.

MARINO, S.: “L’evoluzione del processo di armonizzazione in materia di diritti dei consumatori nell’unione Europea alla luce delle recenti Direttive e Proposte dell’UE”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n° 3/2012, Ed.

Scientifica, Napoli, 2012, págs. 583–601.

MARISCAL, N.: “Repensando la europeización”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 49/2013, Beatriz Pérez de las Heras (Direct.), Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, 2013, págs. 19–46.

MARSAL GUILLAMET, J. y LAUROBA LACASA, E.: “Mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 459–469.

- “Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en el futuro derecho europeo de contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Derecho Civil y Derecho de Obligaciones, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 2455–2470.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T.: *La indemnización del mayor daño. Artículo 1108 del Código civil*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Ed., Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)”, *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Wolters Kluwer España, S. A., Madrid, 2006, págs. 283–303.

- “Artículos 1.088 a 1.100”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1.º, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Manuel Albaladejo García (Direct.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, págs. 3–353.

MARTÍNEZ SANZ, F.: “Capítulo 24. ¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil – Código de comercio?”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, pág. 509–524.

MATÍNEZ VELENCOSO, L. M^a.: “Capítulo XII. Nuevas tendencias del Derecho contractual europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 241–266.

MARTONE, A.: “Il Regolamento (CE) N. 4/2009 e la «codificazione» europea della disciplina in materia di obbligazioni alimentari”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n° 2/2012, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, págs. 319–345.

MASSINI-CORREAS, C. I.: “¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, n° 8, 2004. En <http://www.ruc.udc.es/>.

MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, vol. III, Ediciones Jurídicas Europa–América, Buenos Aires, 1960.

– *Leçons de Droit civil*, Tome Deuxième, Premier Volume, Sixième Édition par François Chabas, Éditions Montchrestien, Paris, 1978.

MAZEAUD, H.; MAZEAUD, J.; MAZEAUD, L. y CHABAS, F.: *Derecho civil, Obligaciones*, T. I, Traducc. de Luis Andorno, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997.

- MCGREGOR, H.: *Contract code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Traducc. y nota preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, J. M. Bosch Editor, S. L., Barcelona, 1997.
- MCKENDRICK, E.: “Codification: The current state of play in the United Kingdom”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 2002, págs. 83–87.
- MEDICUS, D.: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, edición española de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1995.
- MEDINA ORTEGA, M.: “El Derecho patrimonial europeo en la perspectiva del Programa de Estocolmo”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. X, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2010, págs. 69–90.
- MELI, M.: “Proposta di Regolamento – Diritto comune europeo della vendita”, *Le nuove leggi civil commentate*, anno XXXV, n° 1 gennaio–febbraio 2012, Wolters Kluwer Italia S. R. L., Centro Direzionale Milanofiori, Milano, 2012, págs. 183–207.
- MELICH ORSINI, J.: *Doctrina general del contrato*, 3ª Edición corregida y ampliada, Coedición de la Ed. Arte, Caracas, 1997.
- *La resolución del contrato por incumplimiento*, Ed. Temis, Caracas, 1982.
- MÉLIN, F.: *Droit des obligations*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., Paris, 2006.

- MÉNDEZ, R. M. y VILALTA, A. E.: “La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa”, segunda edición, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito civil português*, I. Parte general, T. I, 3.^a edição, aumentada e inteiramente revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.
- MESSINEO, F.: *Doctrina General del Contrato*. T. II, Traducc. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, notas de Derecho argentino por Vittorio Neppi, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.
- *Manual de Derecho civil y comercial*, Ts. II y IV, Doctrinas Generales, Traducc. de Santiago Sentis Melendo, Prólogo de Vittorio Neppi, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
 - *Doctrina General del Contrato*. T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: “Cumplimiento e incumplimiento del contrato internacional”, *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, O’Callaghan Muñoz, X. (Coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, págs. 673–703.
- MILLET, F.: *La notion de risque et ses fonctions en Droit privé*, Préface A. Benabent et A Lyon-Caen, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, L. G. D. J., Clermont, 2001.
- MIQUEL, J. M^a.: “Condición, obligación y garantía”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. VI, Francisco de P. Blasco Gascó; Mario E. Clemente Meoro; Francisco Javier Orduña Moreno; Lorenzo Prats Albentosa y Rafael Verdera Server (Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 1637–1660.

- MIQUEL, J. L.: *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2ª Edición, actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- MIR PUIGPELAT, O.: “Razones para una codificación general del procedimiento de la Administración de la Unión”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Enrique Linque Paniagua (Direct.), nº 19, 2º semestre 2010, Madrid, 2011, págs. 145–176.
- MOLL DE ALBA LACUVE, CH.: “La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles”, *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Eugenio Llamas Pombo (Coord.), T. II, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 429–447.
- MONTES, Á. C.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1989.
- MONTÉS PENADÉS, V. L.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 81 a 88”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 660–696.
- “Comentarios al Código Civil”, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, en <www.vlex.com>, 1989, págs. 1–93.
- “Artículo 1.124”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, Manuel Albaladejo García (Direct.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, págs. 1171–1255.
- MONTOYA LARBACHA, L.: *Condición resolutoria tácita y pacto comisorio*, Tesis para el Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas, Ed. De Cromos, Bogotá, en

<www.vlex.com>, 1922.

MONTOYA MELGAR, A.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vols. I y IV, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1995.

MORÁN BOVIO, D.: “Capítulo 7. Incumplimiento”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, pág. 323, págs. 323–353.

MORENO GIL, Ó.: *Código civil y jurisprudencia concordada*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Contratos con finalidad traslativa de dominio”, *Tratado de contratos*, T. II. Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute, Rodrigo Bercovitz Rodríguez–Cano, (Direct.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1763–1849.

MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010.

- *La modernización del Derecho de obligaciones*, Prólogo por Luis Díez–Picazo, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 35 a 41”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 286–355.

- MORATILLA GALÁN, I.: “El incumplimiento es tal, si impide el fin normal del contrato frustrando las legítimas expectativas de la parte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Presidente), Nº 718, Mar.–Abr. 2010, Madrid, 2010, págs. 791–795.
- “Mora es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación pero no lo es el simple retraso”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Presidente), Nº 717, Ene.–Feb. 2010, Madrid, 2010, págs. 325–329.
- MORENO RODRÍGUEZ, J. A.: “Orden público y arbitraje: algunos pronunciamientos recientes y llamativos en Europa y el Mercosur”, *Derecho comercial en el siglo XXI*, Jorge Oviedo Albán (Coord.), Ed. Temis, S. A., Bogotá, 2008, págs. 83–115.
- “«Causa» y «consideration» en la formación del contrato: estado actual en el Derecho argentino”, *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani, Atilio A. Alterini y Noemí L Nicolau, (Directs.), La Ley, Buenos Aires, 2005, págs. 401–421.
- MOISSET DE ESPAÑÉS, L.: *Curso de obligaciones*, T. 2, Zabalía, S. A., Buenos Aires, 2004.
- MOSCO, L.: *Código Civil, Libro IV, Título I, Capítulo III, artículo 1.124. La resolución de los contratos por incumplimiento*, Notas sobre legislación española por José Salamero Cardo, Nereo, Barcelona, 1962.
- MÖSLEIN, F.: “Legal innovation in European contract law: within and beyond the (Draft) Common Frame of Reference”, *European Private Law after the Common*

Frame of Reference, Hans–W. Micklitz y Fabrizio Cafaggi (Edits), Published by Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2010, págs. 173–219.

MOSSET ITURRASPE, J.: *Estudios sobre responsabilidad por daños*, T. II, Fallos anotados y Doctrina, Reimpresión, Rubinzal–Culzoni, Editores, Santa Fe, 1989.

MULCAHY, L. y TILLOTSON, J.: *Contract law in perspective*, 4th edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2004.

MÜLLER–CHEN: “Section III. Remedies for breach of contract by the seller”, *Commentary on the un Convention on the internaciotional sale of goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 519–606.

MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: “Resolución contractual por incumplimiento y obligaciones accesorias. Comentario a la STS (Sala de lo civil, secc. 1ª) núm. 568/2012 de 1 de octubre”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Ángel López y López; Francisco Vicent Chuliá; José Mª. Miquel González y Francisco Capilla Roncero (Directs.), nº 30, enero–abril de 2013, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2013, págs. 299–320.

MURIEL–CICERI, J. H.: “Aportes doctrinales europeos a la unificación y avance del Derecho Internacional Privado”, *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 39, nº 2, mayo–agosto 2012, Santiago de Chile, 2012, págs. 529–535.

– “Aspectos de la Unificación del Derecho internacional privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la

elección del Derecho aplicable”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, T. VIII, José Carlos Fernández Rozas (Direct.), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008, págs. 645–652.

NANCLARES VALLE, J.: “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Eduardo Valpuesta Gastaminza (Coord.), Ed. Bosch, S. A., 2011, págs. 163–217.

NANNI, L.: “Gli altri rimedi contro l’inadempimento contrattuale”, *Tratatto della Responsabilità Contrattuale*, vol. Primo, Inadempimento e Rimedi, Giovanna Visintini (Direct.), Cedam, Padova, 2009.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A.: *Derecho de obligaciones y contratos*. Segunda Edición, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2013.

– *Derecho de obligaciones y contratos*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2011.

NOUSSIA, K.: “Reflections on the New German Insurance Contracts Law”, *The Journal of Business Law*, Sweet & Maxwell, 2009, págs. 265–267.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA: Carlos–E. Mascarenas (Direct.), con la colaboración de eminentes profesores y juristas, T. III, Francisco Seix, Editor, Tipografía La Académica de Herederos de Serra y Rusell–E. Grandos, Barcelona, 1951.

NÚÑEZ TOMÁS, M^a. J.: *Derecho de obligaciones y contratos*, Temas de Derecho civil a los programas de Notarías y Registros, Bosch, Casa Ed., S.A., Barcelona, 1994.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2012.

- *Compendio de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, Quinta edición, corregida y puesta al día, Ediciones Jurídicas DIJUSA, S. L., Madrid, 2008.
- *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5ª Edición, Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, 2ª Edición, Ed. La Ley–Actualidad, Madrid, 2001.

OERTMANN, P.: *Introducción al Derecho Civil*, Traducc. de la 3ª edición alemana por Luis Sancho Seral, Ed. Labor S. A., Barcelona, 1933.

OGAYAR Y AYLLÓN, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil*, Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona, 1983.

ORDOGUI CASTILLA, G.: *Buena fe en los contratos*, Prólogo de José Luis de los Mozos, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2011.

ORDUÑA MORENO, F. J.: “La codificación como técnica de unificación del Derecho privado europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y Mª. José Reyes López (Coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 267–270.

OTADUY, J.; VIANA, A. y SEDANO, J. (Directs. y coords.): *Diccionario general de Derecho canónico*, vol. III, Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2012.

OVIEDO ALBÁN, J.: “Los principios de *UNIDROIT* para los Contratos Comerciales Internacionales de 2004”, *Derecho Internacional de los Negocios*, T. III, Adriana

Zapata de Arbeláez (Comp.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 301–344.

- “Aplicaciones de los Principios *UNIDROIT* a los contratos comerciales internacionales”, *Criterio jurídico*, n° 3, vol 1, Santiago de Cali, 2003, págs. 7–33.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M^a. C.: “Avances en la aplicación de los Principios *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusula modelo para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2014, vol. 6, n° 1, en <<http://e-revistas.uc3m.es/>>, págs 253–268.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Tercera. Intereses, art. 78”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 628–634.

PARICIO SERRANO, J.: *De la Justicia y el Derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, El Faro-Ediciones, Madrid, 2002.

PARRA-ARANGUREN, G.: “El Proyecto de «Principios» de *UNIDROIT*. Aspectos de Derecho internacional privado”, *«Principi per i contratti commerciali internazionali» e il sistema giuridico latinoamericano*, a cura di M. Joachim Bonell y Sandro Schipani, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, Università di Roma, Cedam, S. p. A., Padova, 1996, págs. 35–43.

PASQUAU LIAÑO, M. (Direct.); ALBIEZ DOHRMANN, K. J. y LÓPEZ FRÍAS, A. (Coords.): *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, Segunda Edición, T. II, arts. 609 a 1.314, Ed. Comares, S. L., Granada, 2009.

- *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. II, arts. 1.088 a 1.976, Ed. Comares, S. L., Granada, 2000.

PATTI, S.: *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

PENDÓN MELÉNDEZ, M. Á.: “Preámbulo. Propósito de los Principios”, *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, David Morán Bovio (Coord.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 23–53.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Tercera Edición, T. II, Derechos reales de garantía. Registro de Propiedad, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

PEÑA, L. y AUSÍN, T.: “El principio de autonomía y los límites del consentimiento”, *Actas del III Congreso de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, ed. por J. J. Acero *et alii*, Granada, 2001, ISBN 84–699–6803–3. En <http://www.digital.csic.es/>.

PERALES VISCASILLAS, P.: “Capítulo 7. Los principios de *UNIDROIT* sobre los contratos comerciales internacionales”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 183–207.

PÉREZ DE ONTIVEROS, C.: “Comentario a la STS de 17 de julio de 2009, (RJ/2009/6475)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 84, septiembre–diciembre 2010, Rodrigo Bercovitz Rodríguez–Cano, (Direct.), Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2010, págs. 1417–1428.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J. M.: *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, Portal Derecho, S. A., Madrid, 2010.

PERRIN, J.-F.: “La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días”, *Sociologías*, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, Porto Alegre. En <<http://www.pj.gob.pe/>>, págs. 162–178.

PINTENS, W.: “Europeanisation of family law”, *Perspectives for the Unification and Harmonisation Family Law in Europe*, Katharina Boele-Woelki (Edit.), Intersentia, Oxford, 2003, págs. 3–33.

PIZARRO WILSON, C.: *La ruptura unilateral del contrato*, Ponencia presentada en el Congreso Internacional acerca de la Terminación del Contrato, celebrada en Bogotá los días 23 y 24 de agosto de 2005, en <www.fundacionfueyo.udp.cl>, 2005.

– “Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno”, Fundación Fernando Fueyo Laneri, en <www.fundacionfueyo.udp.cl>.

– “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, nº 36, agosto 2011, Valparaíso, Chile, 2011, en <www.scielo.cl>, págs. 117–138.

– *La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, <www.fundacionfueyo.udp.cl>.

PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á.: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Derecho civil*, Obra compilada y editada, Traducc. de Leonel Pereznieta Castro, Ed. Pedagógica Iberoamericana, Ciudad de México, 1996.

- *Tratado Práctico de Derecho civil*, T. Sexto, Las Obligaciones, Primera Parte, Traducc. española de Mario Díaz Cruz, con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, Cultural, S. A., Habana, 1946.

PLAZA PENADÉS, J.: “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 301–320.

PLENDER, R. y WILDERSPIN, M.: *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, London, 2009.

- *The European Private International Law of Obligations*, Thomson Reuters (Legal) Limited, Navarra, 2009.

PLENTEDA, R. y RIGHETTI, V.: “I rimedi esperibili in caso di sopravvenienze”, *Inadempimento delle obbligazioni. Accertamento, oneri probatori, danni patrimoniali e non patrimoniali*, Luigi Viola (Coord.), Introduzione di Massimo Franzoni, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, S. p. A., Milano, 2010, págs. 391–439.

POUMARÈDE, M.: *Cours Droit des obligations*, Montchrestien, Lextenso Éditions, Paris, 2011.

POVEDA BERNAL, M. I.: “Remedios ante situaciones contractuales anómalas”, *Código*

européo de contrats. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 589–599.

PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.

PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO: Parte I y II, (*Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»*), Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, Partes I y II (Revisadas), preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, Ole Lando (Presidente), en <<http://www.campusus.es/>>.

PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW. DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (*DCFR*): Full Edition, vol. 1, Christian Von Bar y Eric Clive (Edits.), Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009.

PRINCIPIOS *UNIDROIT* SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010, en <<http://www.unidroit.org>>.

PROJET DE CADRE COMMUN DE RÉFÉRENCE. PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS, Droit privé comparé et européen, vol. 7, Avant-propos de Bénédicte Fauvarque-Cosson et Denis Mazeaud, Introduction de Guillaume Wicker et Jean-Baptiste Racine, Société de Législation Comparée, Paris, 2008.

PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, vol. III, Segunda Edición, Derecho de Obligaciones, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1994.

- *Fundamentos de Derecho civil*, T. I, vol. II, Cuarta Edición Revisada, Derecho General de las Obligaciones, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1988.
- *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Tercera Edición, Doctrina General del Contrato, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1988.

PUIG I FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del C.; GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Tercera Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 2000.

- *Manual de Derecho civil*, T. II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato, Segunda Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Barcelona, 1998.

PUTTI, P. M.: “Capitolo XXXIII. La risoluzione”, *Diritto civile*, vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale, Nicolò Lipari, Pietro Rescigno y Andrea Zoppini, (Coord.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, págs. 1133–1174.

QUINTANILLA NAVARRO, M. Á.: “La integración europea y el sistema político español: hacia una nueva perspectiva de análisis”, *Revista de Estudios Europeos*, Alfredo Hernández Sánchez (Direct.), nº 22, Mayo–Agosto 1999, Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, págs. 15–24.

QUÍÑONES ESCÁMEZ, A.: “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento «Roma I» de 15.12.2005”, *InDret* 3/2006, Barcelona, 2006. En

<<http://www.westlaw.es/>>, pág. 8.

RABINOVICH–BERKMAN, R. D.: *Derecho civil. Parte general*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. S. R. L., Buenos Aires, 2000.

RAMOS, D.: “Derecho uniforme, interpretación uniforme y sus retos evolutivos. De la diversidad en las jurisdicciones a la diversidad en las transacciones y contextos comerciales”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 286, octubre–diciembre 2012, Cizur Menor, Navarra, 2012, págs. 93–150.

RAMS ALBESA, J.: “Ejecución de ciertas obligaciones contractuales”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 353–369.

REDONDO TRIGO, F.: “De los Principios Lando al Marco Común de Referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIII, Fasc. IV, octubre–diciembre 2010, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 1643–1682.

RENGIFO GARCÍA, E.: *La terminación y resolución unilateral del contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, <www.garridorenfigo.com>, s/f.

REVET, T. (Direct.): *Code civil et modèles. des modèles du Code au Code comme modèle*, Ouvrage collectif, Tome 6, L.G.D.J., Paris, 2005.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO: “Jurisprudencia del T. S.”, *Revista de Derecho Privado*, T. XXVII, enero–diciembre de 1943, Ed. Revista de Derecho Privado,

Madrid, 1943, págs. 642–677.

REZZÓNICO, J. C.: *Principios fundamentales de los contratos. Autodeterminación. Autonomía privada. Libertad contractual. Fuerza obligatoria, forma. Consensualismo. Equidad, justicia y equivalencia de las prestaciones. Confianza. Seguridad. Buena fe*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1999.

RIBÓ DURÁN, L.: *Diccionario de Derecho*, Cuarta Edición, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2012.

– *Diccionario de Derecho*, Segunda Edición, Bosch, Casa Ed., S. A., Barcelona, 1995.

RINESSI, A. J.: *Contratos*, T. I, Parte General. Atipicidad – consentimiento – capacidad contractual – causa – prueba – efectos – evicción – interpretación – responsabilidad civil. Anexo jurisprudencial, Mario A. Viera Editor, Buenos Aires, 1999.

RIPERT, G.: *Tratado de Derecho Civil*, Ts. IV y V, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1963.

RIVERA RESTREPO, J. M.: “Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda”, *Revista Ars Boni et Aequi*, Año 8, n° 2, Facultad de Derecho, Universidad Bernardo O’Higgins, 2012, págs. 323–344.

– *La causa en el Derecho chileno*, Ed. Legal Publishing, Santiago de Chile, 2012.

– “De los aspectos generales en torno a la teoría de la causa”, *Revista Ars Boni et*

Aequi, Año 6, Número 2, Ediciones UBO, Santiago de Chile, 2010, págs. 155–218.

RODOTÀ, S.: “The Civil Code within the European «Constitutional Process»”, *The Politics of a European Civil Code*, Martijn W Hesselink (Edit.), Kluwer Law International, The Hague, 2006, págs. 115–124.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, *Estudios sobre contratación internacional*, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (Directs.), Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2006, págs. 497–534.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C.–J.: *La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos*, Prólogo de José Beltrán de Heredia y Castaño, Dykinson, S. L., Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “La Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes con el cumplimiento”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 76, octubre–diciembre 2010, Consejo General del Notariado, Getafe, Madrid, 2010, págs. 271–300.

RODRÍGUEZ–ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, S. A., Málaga, 2013.

ROJO AJURIA, L.: *El dolo en los contratos*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1994.

ROMAIN, J.–F.: *Théorie critique du principe général de bonne foi en Droit privé*, Etablissements Emile Bruylant, S. A., Bruxelles, 2000.

ROPO, E.: *Il contratto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1977.

RÖSLER, H.: “Harmonising the German Civil Code of the Nineteenth Century with a Modern Constitution—The Lüth Revolution 50 Years Ago in Comparative Perspective”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, págs. 1–36.

ROTONDI, M.: *Instituciones de Derecho privado*, Prólogo, Traducc. y concordancias por Francisco F. Villavicencio, Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1953.

ROUILLER, N.: *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contracts*, CEDIDAC, Lausanne, 2007.

ROVIRA I JAÉN, F. J.: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1996.

– “El pacto de *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 69, nº 615, Madrid, Mar.–Abr. 1993, págs. 349–391.

RUBIO CORREA, M.: *El Derecho civil*, Fondo Ed. de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

RUBIO TORRANO, E.: *Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación accesorio*, Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV, nº 2131, mayo de 2011, en <<http://www.mjusticia.es/>>.

– “Imposibilidad de resolución de contrato por incumplimiento de obligación

accesoria”, *Aranzadi Civil–Mercantil*, nº 9/2013 (Comentario), Pamplona, 2013, págs. 1–4.

RUIZ SERRAMALERA, R.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones II. Los contratos y los actos ilícitos*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Secc. de Publicaciones, Madrid, 1982.

– *Derecho civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Secc. de Publicaciones, Madrid, 1981.

RUIZ VADILLO, E.: *Derecho civil. Introducción al estudio teórico–práctico*, 17 edición (reimpresión actualizada), incorporado el Derecho civil constitucional y el Derecho comunitario europeo, prólogo del profesor Antonio Hernández Gil, Ed. Ochoa, Logroño, 1990–1991.

RUTGERS, J. W.: “Capítulo 11. “Los contratos de agencia, franquicia y distribución en el DCFR”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 311–320.

SACCO, R.: “Elogio a la uniformidad del Derecho, elogio a la diversidad en el Derecho”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. II, abril–junio 2010, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 445–461.

SALERNO, F.: “Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»”, *Commento, Le nuove leggi civili commentate*, anno XXXV, nºs 3–4, maggio–agosto

2009, Wolters Kluwer Italia S. R. L., Centro Direzionale Milanofiori, Milano, 2009, págs. 521–534.

SALVADOR CORDECH, P.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, Sección Cuarta. Exoneración, arts. 79 a 80”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 635–659.

SALVAT, R.: *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte General. De las cosas – De los hechos y Actos Jurídicos*, T. II, 8ª edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1947.

SALVIOLI, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, Edición de Bartolomé Clavero, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.

SAMUEL, G.: *Sourcebook on obligations & legal remedies*, second edition, London, 2000.

SAMUEL, G. y RINKES, J.: *Law of obligations and legal remedies*, Cavendish Publishing Limited, London, 1996.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Capítulo 3. La unificación del Derecho contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 85–118.

– “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 2005, págs. 45–88.

- “Capítulo XVIII. La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 363–381.
- *Derecho privado europeo*, Ed. Comares, Granada, 2002.

SÁNCHEZ MEDAL, R.: *De los contratos civiles*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1988.

SÁNCHEZ-MEDAL URQUIZA, J. R.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1979.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Presentación de Fernando Ruiz Piñeiro, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2005.

SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2004.

- “La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 371–384.

SANTORO-PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del Diritto civile*, Nona edizione, Ristampa, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 2002.

SANTOS BRIZ, J.: “Comentarios”, *Comentario del Código Civil*, Ignacio Sierra Gil de la

- Cuesta (Presidente y Coord.), T. 6, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2000, págs. 5–443.
- *Código civil (comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada, 1991.
 - *Derecho civil. Teoría y práctica*, T. III, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, Derecho de daños, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- SANTOS BRIZ, J. (Direct.) y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, T. 3, Ed. Bosch S. A., Barcelona, 2003.
- SAVATIER, R.: *La théorie des obligations en Droit privé économique*, Quatrième édition, Dalloz, Paris, 1979.
- SCOGNAMIGLIO, R.: *Teoría general del contrato*, Reimpresión, Traducc. de Fernando Hinestrosa, Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.
- SCHERMAIER, M. J.: “Bona fides in Roman contract law”, *Good faith in European Contract Law*, Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (Edits.), Cambridge Studies in International and Comparative Law The Common core of European Private Law, Cambridge Press, Cambridge, págs 63–92.
- SCHLECHTRIEM, P.: “Part III, Sale of Goods, Chapter I, General Provisions, Article 25”, *Commentary on the un Convention on the international sale of goods (CISG)*, Second (English) Edition, Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 281–298.

- “The Sale of Goods: Do Regions Matter?”, *Uniform Law Review Revue de Droit Uniform*, vol. VIII, 2003–1/2, *UNIDROIT*, Rome, 2002, págs. 173–175.

- SCHULZE, R.: “El *Acquis Communautaire* y el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 51–61.

- “El Derecho contractual europeo y sus textos básicos”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 629–637.

- SCHWENZER, I. y HACHEM, P.: “The *CISG* – Successes and Pitfalls”, *The American Journal of comparative law*, vol. 57, n^o 2, Mathias W. Reimann (Edit.), The American Society of Comparative Law, Inc., Oxford, 2009, págs. 457–478.

- SÉRIAUX, A.: *Manuel de Droit des obligations*, Press Universitaires de France, Paris, 2006.

- SERRANO ALONSO, E. y SERRANO GÓMEZ, E.: *Manual de Derecho de obligaciones y contratos*, T. II, vol. 1. Teoría general del contrato, con la colaboración de Carolina Serrano Gómez, Edisofer, S. L., Madrid, 2008.

- SIBONY, A.–L. y DEFOSSEZ, A.: “Libre circulation des marchandises, liberté d’établissement et libre prestation de services”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Jean–Paul Jacque y Catherine Prieto (Directs.), Éditions Dalloz, Paris, 2013, págs. 171–187.

- SOLARTE RODRÍGUEZ, A.: “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. En <<http://www.javierina.edu.co/>>, págs. 281–315.
- SOLER PRESAS, A.: “Parte III.– Compraventa de mercaderías, arts. 75 a 78”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Luis Díez–Picazo y Ponce de León (Direct. y Coord.), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1998, págs. 609–628.
- SOMMA, A.: *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, Traducc. de Pablo Andrés Moreno Cruz y Javier Rodríguez Olmos, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2008.
- SORO RUSELL, O.: “El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”, Alicia Real Pérez (Direct.), Departamento de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid. En <<http://eprints.ucm.es/>>.
- STEFAN, O.: “Hybridity before the Court: a Hard Look at Soft Law in the EU Competition and State Aid Case Law”, *European Law Review*, vol. 37, nº 1, febrero 2012, Sweet & Maxwell, London, 2012, págs. 49–69.
- STIGLITZ, R.: *Contratos. Parte General*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990.
- STORME, M. E.: “Good faith and contents of contracts in European private law”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 17–30.
- SWANN, S.: “A European Civil Code: legal and political foundations”, *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo*, Materiali dei Seminari 2001, Raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Buccico, Dott. A. Giuffrè Editore,

S. P. A., Milano, 2002, págs. 7–57.

TALLON, D.: “Section V. Effects of avoidance. Article 81”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, pág. 601–606.

TAMAYO CARMONA, J. A.: *Falta de cumplimiento y responsabilidad en la obligación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

TANCELIN, M.: *Des obligations. Contrat et responsabilité*, 4^a édition, 2^e tirage, Éditions Wilson & Lafleur Itée, Montréal, 1988.

TERCIER, P.: *Le droit des obligations*, 3^a édition, Schulthess Médias Juridiques, S. A., Zurich, 2004.

TERNER, P.: “Perspectives of a European Law of Succession”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 2, vol. 14, Europa Rapid Press Release, Maastricht, 2007, págs. 147–178.

TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1951.

TERRÉ. F.; SIMLER, P. y LEQUETTE, Y.: *Droit civil. Les obligations*, 9^a édition, Éditions Dalloz, Paris, 2005.

THE OXFORD ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN COMMUNITY LAW, vol. I, International Law, A. G. Toth, Clarendon Press, Oxford, 1991.

THE MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW: vols. I y II, Published under the auspices of the Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Edited by Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann with Andreas Stier, Oxford University Press, Oxford, 2012.

TILBURY, M.: “Remedies and the classification of obligations”, *The law of obligations*, editado por Andrew Robertson, Ed. UCL Press, London, 2004, págs. 11–30.

TORRENT, A.: *Manual de Derecho privado romano*, Edisofer, S L., Zaragoza, 2002.

TRABUCCHI, A.: *Instituciones de Derecho civil*, T. II, Parte general. Obligaciones y contratos. Sucesiones «*mortiscausa*». Donaciones. Traducc. de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español, por Luis Martínez–Calcerrada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

TRIGO GARCÍA, M^a. B.: “Capítulo 28. Derecho Contractual Europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia, un caso paradigmático”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 581–597.

TRIMARCHI, P.: *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 2010.

– *Istituzioni di Diritto privato*, Undicesima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 1996.

UNIDROIT: *Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, versione italiana a cura di Michael Joachim Bonell, edito dall’ Istituto Internazionale per

‘Unificazione del Diritto Privato, Roma, 2004.

- *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2004.

VALENZUELA RABY, D.: *Análisis económico de los remedios contractuales. Caso de la condición resolutoria tácita y la excepción de pago. Un ejemplo de la teoría de los juegos*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2008.

VALIÑO ARCOS, A.: “Capítulo XIX. Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto «Gandolfi»: hacia la consecución de un «*Code européen des contracts*»”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 383–402.

VALIÑO DEL RÍO, E.: “Capítulo XX. Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, págs. 403–417.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*”, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Eduardo Valpuesta Gastaminza (Coord.), Ed. Bosch, S. A., 2011, págs. 61–87.

- “Capítulo 17. El ámbito de regulación del futuro «derecho contractual europeo». De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 405–418.

VAN OMMESLAGHE, P.: *Droit des obligations*, Tome Premier, Introduction Sources des obligations (première partie), Bruylant, Bruxelles, 2010.

VAN ZELST, B.: *The politics of European sales law. A Legal–Political Inquiry into the Drafting of Uniform Commercial Code, The Vienna Sales Convention, The Dutch Civil Code and the European Sales Directive in the Context of Europeanization of Private Law*, Kluwer Law International BV, The Hague, 2008.

VAQUER ALOY, A.: “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXIV, Fasc. I, enero–marzo 2011, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011, págs. 5–39.

- “Capítulo 9. El Marco Común de Referencia”, *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Esteve Bosch Capdevila (Direct.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (Coord.), Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 2009, págs. 239–265.

- “Incumplimiento del contrato y remedios”, *Derecho Privado Europeo*, Sergio Cámara Lapuente (Coord.), Ed. Colex, Madrid, 2003.

VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. P.: “Prólogo”,

Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia, T. I, Antoni Vaquer Aloy; Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González (Coords.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, págs. 71–73.

VATTIER FUENZALIDA, C.: “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, *Anuario de Derecho civil*, T. LXI, Fasc. IV, octubre–diciembre 2008, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones) y Boletín Oficial del Estado (Edits.), Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, págs. 1841–1865.

- “Capítulo XXI. El Anteproyecto de Pavía”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa y M^a. José Reyes López (Coords.), Derecho Patrimonial Europeo, Ed. Aranzadi, S. A., Navarra, 2003, pág. 419–436.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, Ediciones Jurídicas Difusa, S. L., Madrid, 2007.

- *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, 3.^a Edición, Prólogo de Luis Díez–Picazo, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T.: *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional. La obligación de conservación en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Un estudio transversal de la Convención de Viena)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

VERBEKE, A. y YVES–HENRI, L.: “Harminization of the Succesion in Europe”, Towards a European Contract Law, Part. VI, Performance and Remedies, Reiner Schulze y Jules Stuyck (Edits.), Sellier. European law publishers, Munich, 2011, págs. 173–188.

- VERDERA IZQUIERDO, B.: “La interpretación de los contratos a partir de los Principios Contractuales Europeos”, *Bases de un Derecho contractual europeo*, Santiago Espiau Espiau y Antoni Vaquer Aloy (Edits.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 245–260.
- VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Prólogo de Francesco Galgano, Publicaciones del Real Colegio de España, Cometa, S. A., Zaragoza, 1995.
- VERDURE, C.: “L’harmonisation des pratiques commerciales déloyales dans le cadre de la Directive 2005/29/CE: premier bilan jurisprudentiel”, *Cahiers de Droit européen*, nº 3–4, Quarante–sixième année, Bruylant, Bruxelles, 2010, págs. 311–336.
- VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO CONSTITUTIVO DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA: DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 2002, en <www.boe.es>.
- VIAL DEL RÍO, V.: *Teoría General del Acto Jurídico*, Quinta Edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- VICENTE DOMINGO, E.: “El resarcimiento de los daños”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 601–617.
- VIDAL OLIVARES, Á.: “La noción de incumplimiento esencial en el Código civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, nº 32, junio 2009, Valparaíso, Chile, 2009, en <www.scielo.cl>, págs. 221–258.

- VIGNES, D.: “The Harmonisation of National Legislación and the EEC”, *European Law Review*, vol. 15, nº 5, octubre 1990, Sweet & Maxwell, London, 1990, págs. 358–374.
- VIGURI PEREA, A.: *Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- “Supuestos de incumplimiento”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 417–434.
- VILALTA NICUESA, A. E. Y MÉNDEZ TOMÁS, R. M^a.: *La resolución contractual. Acción resolutoria en el contrato de compraventa. Comentario*, en <www.bob.bosch.laley.es>.
- VILLA, G.: *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A., Milano, 1999.
- VILLA–REAL MOLINA, R. y DEL ARCO TORRES, M. Á.: *Diccionario de términos jurídicos*, Segunda edición, Ed. Comares, Granada, 2006.
- VITERI ZUBIA, I.: “La configuración del término en las propuestas de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa”, *Revista de Derecho privado*, Silvia Díaz Alabart (Direct.), septiembre–octubre 2013, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2013, págs. 35–76.

- VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Manual de Derecho civil*, Segundo vol. De las Partes Preliminar y General, Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 2001.
- VON BAR, C.: “A Common Frame of Reference for European Private Law—Academic Efforts and Political Realities”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 23, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2008, págs. 37–49.
- VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*, Traducc. del alemán y concordado por W. Rocés, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2007.
- *Parte General del Derecho civil*, Traducc. de Wenceslao Rocés, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, S. L., Granada, 2006.
 - *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. III¹, Los hechos jurídicos, el negocio jurídico (continuación), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948.
- VRANKEN, M.: *Fundamentals of European Civil Law*, Federation Press Pty Ltd., Maryborough, s/f.
- WAGNER, G.: “The Virtues of Diversity in European Private Law”, *The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2005, págs. 1–24.
- WARENDORF, H.; THOMAS, R. y CURRY–SUMNER, I.: *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, Law&Business, United Kingdom, 2009.
- WATSON, A.: *The evolution of western private law*, Expanded edition, The Hohns

Hopkins University Press, Maryland, 2001.

WELLENS, K. C. y BORCHARDT, G. M.: “Soft Law in European Community Law”, *European Law Review*, vol. 14, octubre 1989, Sweet & Maxwell, London, 1989, págs. 267–321.

WHITTAKER, S.: “The Terminologies of Civil Protection: Rights, Remedies and Procedures”, *Multilingualism and the Harmonisation of European Law*, Bárbara Pozzo y Valentina Jacometti (Edits.), Kluwer Law Internacional, Alphen aan den Rijn, 2006, págs. 45–60.

WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Cuadernos Civitas, Traducc. de José Luis Carro, Prólogo de Luis Díez–Picazo, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982.

WILL, M.: “Part III. Sale of goods. Chapter I. general Provisions. Article 25”, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, C. M. Bianca y M. J. Bonell, (Edits.), Dott. A. Giuffrè Editore, S. P. A., Milano, 1987, págs. 205–221.

WINDSCHEID, B.: *Tratado de Derecho civil alemán*, T. I, vol. I, Traducc. de Fernando Hinestrosa de la octava edición, con anotaciones comparativas sobre el Derecho civil alemán de Theodor Kipp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987.

WITZ, C.: *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, *L. G. D. J.*, Paris, 1995.

YOUNG, M.: *Understanding contract law*, Routledge–Cavendish, London, 2010.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor incumplidor”, *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, T. II. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Carlos Vattier; José M^a. de la Cuesta y José M^a. Caballero (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2003, págs. 435–451.

ZACCARIA, A.: “Aciertos y desaciertos en la construcción de un Derecho contractual europeo”, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, M^a. P. Ferrer Vanrell y Anselmo Cañellas, A. (Directs.), Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 2009, págs. 27–33.

ZELLER, B.: *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oceana Publications Inc., New York, 2005.

ZIMMERMANN, R.: “The Present State of European Private Law”, *The American Journal of comparative law*, vol. 57, n° 2, Mathias W. Reimann (Edit.), The American Society of Comparative Law, Inc., Oxford, 2009, págs. 479–512.

– “The *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts 2004 in Comparative Perspect”, *The Tulane European and civil law forum*, vol. 21, Vernon Valentine Palmer (Edits.), Tulane University School of Law, New Orleans, 2006, págs. 1–33.

– *The new german law of the obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

– *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

ZOLL, F.: “The influence of the Chosen Structure of the Draft Structure of the Draft for the Optional Instrumento on the Functioning of the System of Remedies”, *Towards a European Contract Law*, Part. VI, Performance and Remedies, Reiner Schulze y Jules Stuyck (Edits.), Sellier. European law publishers, Munich, 2011, págs. 151–160.

ZOPPINI, A.: “Capitolo II. Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza”, *Diritto civile*, vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale, Nicolò Lipari, Pietro Rescigno y Andrea Zoppini, (Coord.), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2009, págs. 53–74.

ZUPPI, G.: *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Prólogo de Jorge Barrera Graf, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990.